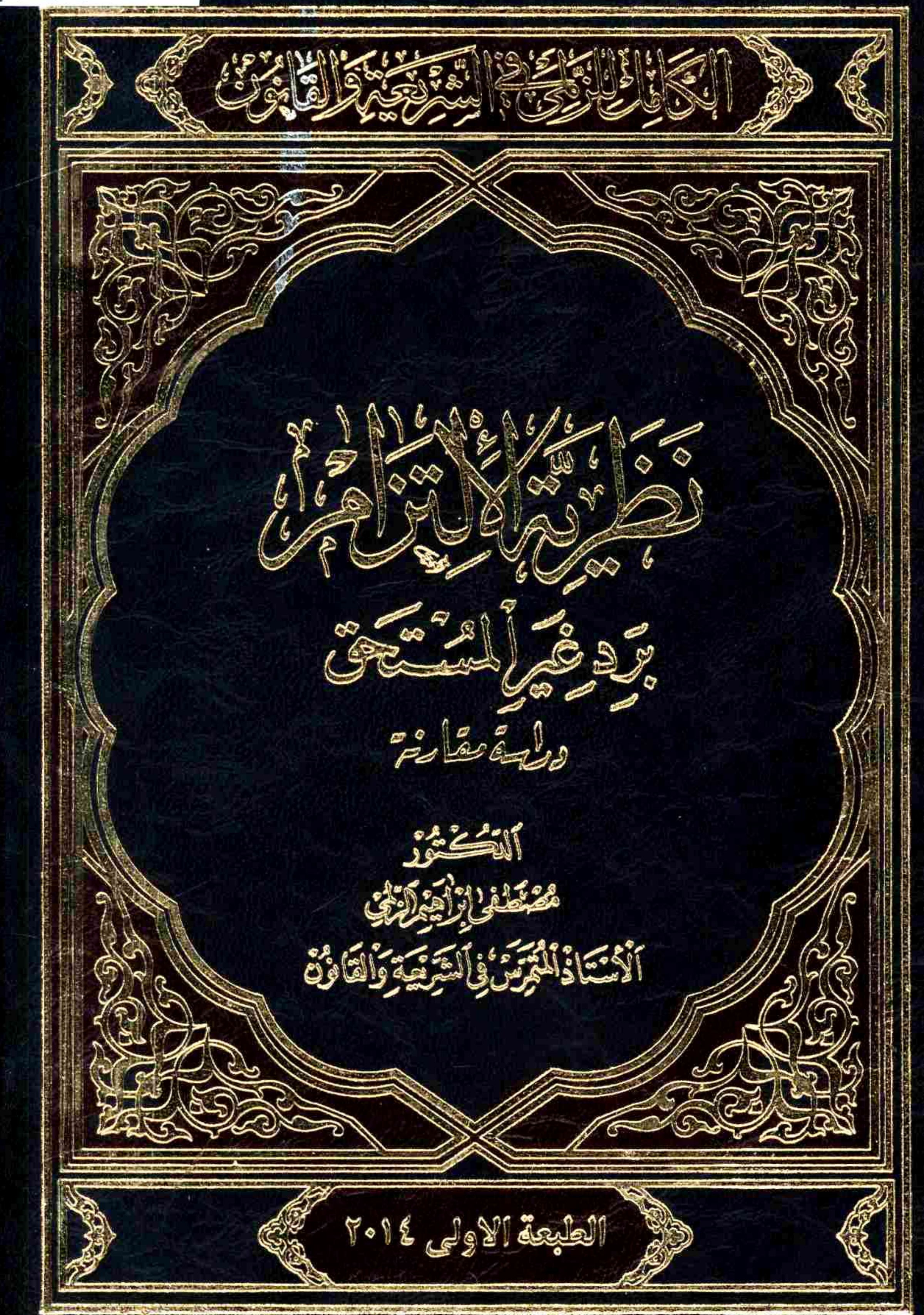

الكاملات للزلمي في الشريعة والقانون
نظرية الالتزام
برد غير المستحق
دراسة مقارنة
الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون
الطبعة الاولى ٢٠١٤

نظرية الالتزام
برد غير المستحق
(دراسة مقارنة)

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

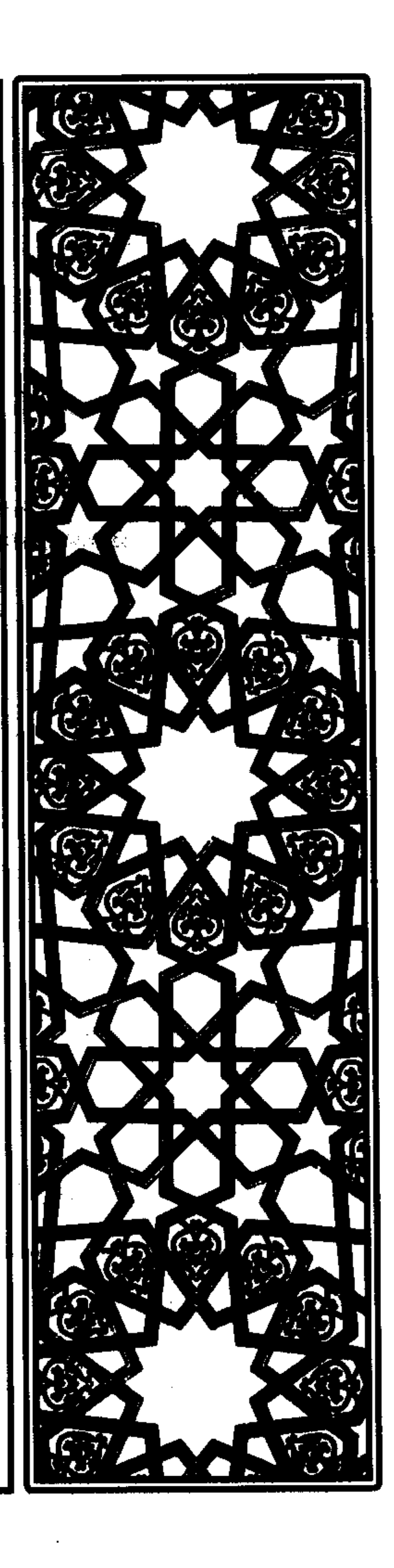
طبعت على نفقة
السيد رئيس وزراء حكومة اقليم كردستان العراق
الاستاذ نيچيرڤان البارزاني المحترم

نظرية الإلتزام
برد غير المستحق

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٧٦٥- ٢٠١١
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-014-7
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

الموقع: http://zalmi.org/arabic
الايميل: dr.alzalmi@gmail.com
فيسبوك: facebook.com/dr.alzalmi



﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟

ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾

سورة النساء/٥٨

(على اليدِ ما أخذت حتَّى تُؤدِّيَه)

صحيح/ جامع الصغير للسيوطي٥٤٥٥

الفهرس

المقدمة

سبب اختيار الموضوع:

(نظرية الالتزام برد غير المستحق) عنواناً للبحث هو أن الفقه الإسلامي والقانوني المدني متقاربان في معالجة هذا الموضوع والمقارنة في دراسته تخدم كلاً منهما عن طريق الآخر لأنهما صنوان كل يُكمل الثاني.

أهمية الموضوع:

تتجلى هذه الأهمية في قوله تعالى ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُوماً جَهُولاً ﴾[١] وقد أشارت هذه الآية الكريمة قبل القانون بقرون إلى ماهية الالتزام وأهم عناصره وبعض أحكامه كما يأتي:

١. ماهية الالتزام هي تحمل أداء واجب وليست رابطة قانونية.
٢. موضوع الالتزام الأمانة وهي عبارة عن كل ما يتعلق بذمة الإنسان من ديون يجب الوفاء بها، وما في حيازته من الأعيان التي يلتزم بردها لأصحابها لعدم وجود السبب أو لزواله بعد الوجود أو لعدم مشروعيته.
٣. محله هو الأداء الإيجابي كتسديد الدين والسلبي كالامتناع عن القيام بكل ما هو محظور في الشرع أو القانون، ووجه ذلك هو أن الإلزام والالتزام كالتكليف والتكلف من الأحكام التكليفية التي لا تتعلق بالأعيان[٢] وإنما تتعلق بالأفعال[٣] والأداء من الأفعال.

---

[١] سورة الأحزاب / ٧٢.

[٢] وإذا ورد في نص تعلق الحكم التكليفي بعين من الأعيان يجب تقدير الفعل كما في قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ أي حرم زواجهن و ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ أي أكلها ونحو ذلك.

[٣] أجمع علماء الإسلام على أن الحكم التكليفي مدلول خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

٤. مصدر الالتزام هو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية، أما العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع، فهي أسباب الالتزام كما يأتي إثبات ذلك بالأدلة النقلية والعقلية.

٥. الإخلال بالالتزام ظلم بالنسبة لنفس المخل والملتزم له والمجتمع، لذا وصف القرآن المخل بأنه ظلوم وهو صيغة المبالغة أي كثير الظلم لأن كل ما يكون على وزن فعول يدل على المبالغة، والظلم يجب أن يدفع قبل حدوثه بالطرق الوقائية ولن يرفع بعد الوقوع بالطرق العلاجية كرد المحاز حيازة غير مشروعة إلى صاحبه وعقاب المتجاوز على حق الغير بدون مبرر وتعويض المضرور عما اصابه من ضرر بفعل الغير.

٦. أساس الإخلال بالالتزام الجهل بخطورة تبعاته التي تنعكس آثارها السلبية على المخل والملتزم له والمجتمع، لذا وصف القرآن من يخل بالتزاماته ويخون الأمانة بعد تحملها بأنه جهول وهو أيضاً صيغة مبالغة أي كثير الجهل.

٧. لثقل الأمانة وخطورة تحملها وصعوبة أدائها ومفسدة الخيانة فيها وضرر الإخلال بالتزامها أبت السماوات و الأرض والجبال أن يحملنها، لا إباء تمرد وإنما إباء اعتذار، خوفاً من التقصير في الحفاظ عليها وأدائها إلى أهلها.

٨. قد صوّر القرآن الكريم لعقل الإنسان مدى ثقل الأمانة (موضوع الالتزام) تصويراً رائعاً بأسلوب مجازي بلاغي، حيث أنه لو كتب أن يكون للسماوات والأرض والجبال إدراك وعقل، وعُرضت عليهن هذه الأمانة لتحملها، لاعتذرن واستعفين من قبول تحملها خشية التقصير في أدائها وبالتالي الوقوع في مخالفة أمر الله.

٩. مرد تحمل الإنسان لهذه الأمانة الثقيلة والتزامه بأدائها رغم صغر حجمه وقلة قوته وضعف قدرته بالنسبة إلى السماوات والأرض والجبال إلى أمرين:
أحدهما: انه كائن وحيد يتمتع بالعقل الذي هو مناط التكليف.
والثاني: التكريم الإلهي له كما في قوله تعالى ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴾[1].

---

[1] سورة الإسراء / ٧٠.

ومن سنة الله في الخلق أن يقابل كل حق التزام تحقيقاً للعدالة والمساواة، لأن المساواة هي التوازن بين الحقوق والالتزامات.

١٠. على الملتزم المتحمل لأمانة تتمثل بحق عام (حق الله) أو حق خاص (حق العبد) سواء كانت مادية أو معنوية أن يؤديها إلى أهلها تنفيذاً للأمر الإلهي الوارد في قوله ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[1].

منهج البحث:

أحاول أن تكون دراستي لهذا الموضوع مبنية على الاستعانة بالمعايير المنطقية ونبذ الأساليب التقليدية قدر الإمكان، مستعيناً بعون من الله وممارساً للمعايير المنطقية في محاولة تغيير تفسيرات وتعريفات بعض المصطلحات القانونية كمصطلح (الإلتزام)، و(التصرف القانوني)، و(الواقعة القانونية)، و(الذمة) ونحو ذلك، وإبراز الخلط في الاستعمال بين بعض المصطلحات كالخلط بين السبب والمصدر، وبين محل الالتزام وموضوع الالتزام، أو بين محل الالتزام ومحل العقد، وبين العناصر والخواص وعدم التمييز بين التقسيم الحقيقي والاعتباري الذي ترتبت عليه خلافات قانونية عقيمة لا مبرر لها.

المعوقات:

من أبرز المعوقات التي تحول دون إنجاز هذا العمل كما هو المطلوب وإعطائه حقه كما هو مقصود:

- الضعف البصري الذي هو الوسيلة الوحيدة للوصول إلى المراجع المعتمدة للاستعانة بآراء السلف الصالح، ومن الواضح أنه ليس بمستطاع أحد أن يأتي بجديد ما لم يستعن بما ورثه من جيله السابق، لأن النظر هو ملاحظة المعقول لكسب المجهول، وبتعبير آخر هو التفكير في المعلومات المخزونة المعقولة من التصورات والتصديقات لاكتساب مجهولات تصورية وتصديقية.
- ومن المعوقات التي لا علاج لها الشيخوخة، والشيخوخة كما تقلص شرايين الدم وتحول دون سيره الطبيعي، كذلك تجعل أجهزة الدماغ مشلولة عاجزة عن الإتيان بجديد.

---

[1] سورة النساء / ٥٨.

- إضافة إلى تلك المعوقات اصابتي بمرض القلب وضرورة تجنب كل جهد فكري وبدني لخطورته على حياتي حسب توصية الطبيب المختص.
- وأخيراً قلة الفراغ لكثرة الانشغال بالالتزامات البيتية والوظيفية.

ورغم هذه المعوقات أملي وطيد بأن الله يعينني على إنجاز هذا العمل المتواضع الذي أقدمت عليه بعد أن جاوزت الثمانين من العمر لنيل رضائه عن طريق خدمة العلم إنه السميع العليم وولي التوفيق.

خطة البحث:

طبيعة الموضوع تتطلب التعريف بالالتزام من حيث الماهية والعناصر ويخصص لدراسته الفصل الأول.

ومن المبادئ العامة المتفق عليها في القانون[1] والفقه، أن كل تصرف قانوني أو حق أو إلتزام يعد باطلاً إذا لم يكن له سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو القانون، وبناءاً على هذه الحقيقة أن كل شخص أخذ مالاً من الغير بدون سبب أو كان له سبب ثم زال أو كان سببه غير مشروع يجب عليه رد ما أخذ إلى صاحبه الشرعي إذا كان قائماً وبدله إذا لم يكن قائماً لأنه غير مستحق له، لذا يكون أساس نظرية الإلتزام برد غير المستحق إما عدم وجود السبب وهذا نتناوله في الفصل الثاني، أو زوال السبب بعد وجوده وهذا ما نبحث عنه في الفصل الثالث، أو عدم مشروعيته وهذا ما يخصص لدراسته الفصل الرابع والأخير ثم يختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والمقترحات بإذن الله.

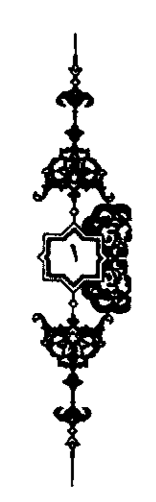
وفي ختام هذه المقدمة أود أن أرفع رجائي إلى القارئ الكريم أن يفسّر بحسن الظن تعرضي لمناقشة آراء بعض الشخصيات القانونية وكذا لبعض النصوص القانونية، والمصطلحات القانونية لأن أسلوبي في هذا البحث ليس تقليلاً لشأن فقهاء القانون ولا للقانون نفسه، وإنما أريد بهذه الإيضاحات خدمة القانون عن طريق الفقه الإسلامي والعلوم الآلية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة وعلم البلاغة) في حدود مكنتي العلمية المتواضعة، علماً بأن دور العلوم الآلية في عالم القانون لا يزال ضعيفاً.

---

[1] القانون المدني العراقي م/١٣٢ والمصري م/١٣٦ والسوري م/١٣٧ والليبي م/١٣٦ واللبناني م/١٩٥ وما يليها والموريتاني م/٨٢ والمغربي الفصل ٦٢.

وكذلك أريد خدمة الفقه الإسلامي عن طريق القانون، إضافة إلى ذلك فأن ديدني في البحث العلمي هو العمل بمقتضى الحكمة القائلة: (أنظر إلى ما قيل ولا تنظر إلى من قال) وألزمت نفسي بتطبيق هذه الحكمة فيما عدا القرآن الكريم والسنة النبوية لقصور العقل البشري عن الإحاطة بهما، إيماناً مني بأن التقليد الأعمى لكل رأي اجتهادي سابق دون إستثمار الخلف لما ورثه من السلف للإتيان بجديد، هو العامل الرئيس لتخلف هذه الأمة التي كانت خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر.

والله من وراء القصد.



الفصل الأول

ماهية الالتزام وعناصره

وتوزع دراسة موضوع هذا الفصل على مبحثين:
يخصص أولهما لبيان ماهية الالتزام
والثاني لاستعراض عناصره في ضوء هذه الماهية.



المبحث الأول

ماهية الالتزام

الالتزام في اللغة العربية:

الالتزام من مشتقات اللزوم وهو مصدر لزم يلزم من باب علم يعلم وفعل (لزم) ورد لازماً[1] ومتعدياً إلى مفعول واحد. فاللزوم من الفعل اللازم ورد بعدة معانٍ منها الثبات والدوام والوجوب.

يقال لزم الشيء: ثبت ودام، ولزم الأمر: وجب.

واللزوم من الفعل المتعدي يكون بمعنى التعلق بالشيء وعدم المفارقة عنه، ويقال لزم الدائن الغريم (المدين): تابعه ولم يفارقه.

والالتزام المشتق من اللزوم بهذا المعنى هو الإيجاب على النفس وعدم المفارقة، يقال التزم العمل أو المال: أوجبه على نفسه ويقال التزم بيته: لم يفارقه[2].

الالتزام في علم الصرف:

الالتزام مصدر التزم من باب افتعل يفتعل. وكل صيغة من هذا الباب تكون للمطاوعة، فباب افتعل بزيادة همزة الوصل في أوله والتاء بين فائه وعينه يأتي لمطاوعة ثلاثة أبواب:

١. لمطاوعة باب فعل مثل: جمعته فاجتمع، وغممته فاغتم، ولزمته فالتزم.
٢. لمطاوعة باب فعّلَ (بتشديد العين) نحو: قربته فاقترب، وعدلته فاعتدل.
٣. لمطاوعة باب أفعل مثل: أنصفته فانتصف، وأبعدته فابتعد، وألزمته فالتزم[3].

---

[1] الفعل اللازم هو الذي لا يتعدى أثره فاعله ولا يتجاوز إلى المفعول به ويسمى الفعل القاصر.

[2] لسان العرب لابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم) الأنصاري (٦٣٠-٧١١ هـ) فصل اللام حرف الميم ١٦/١٤.

[3] ينظر كتاب دروس التصريف للعلامة محمد محي الدين عبد الحميد: ص٧٨.

الالتزام في علم المنطق:

هو صفة الدلالة اللفظية الوضعية على المعنى الخارج عن الموضوع له اللازم له، لأن دلالة اللفظ على تمام ما وضع له مطابقة وعلى جزئه تضمن، وعلى الخارج عن المعنى الموضوع له التزام لكون هذا الخارج لازما للمعنى الموضوع له. وعلى سبيل المثل دلالة لفظ (العقد) على مجموع الإيجاب والقبول مطابقة (أو مطابقية)، وعلى أحدهما ضمن المجموع تضمنية والآثار المرتبة عليه من الحقوق والالتزامات التزامية[١].

واللزوم أما ذهني وهو كون الشيء بحيث يلزم من تصوره في الذهن تصور شيء آخر أو خارجي وهو كون الشيء بحيث يلزم من تحققه في الخارج تحقق شيء آخر معه. والحاصل اللزوم علاقة منطقية بين المبادئ والنتائج.

الالتزام في علم الفلسفة:

من مقولة الانفعال وهو التأثر بالإلزام كالتسخن المتأثر بفعل التسخين وهو قريب من معنى المطاوعة في علم الصرف[٢].

الالتزام في علم أصول الفقه:

الالتزام في أصول الفقه الإسلامي من الأحكام التكليفية، فكل تكليف الزام وكل تكلف التزام وجميع الأحكام الشرعية والقانونية التكليفية الزام من الشارع في الأحكام الشرعية ومن المشرع في الأحكام القانونية واثره لزوم والتزام. ولذا عرّف علماء الأصول الالزام (التكليف) بأنه مدلول خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء اوالتخيير.

والاقتضاء هو طلب الفعل أو طلب الترك، وطلب الفعل إذا كان على وجه الحتم فهو إيجاب وإلزام وأثره الوجوب واللزوم والفعل المطلوب واجب ولازم فيثاب فاعله ويُقدَّر ويعاقب تاركه ويلام، لأن تركه جريمة سلبية. وإذا كان على وجه الأولوية والأفضلية فهو استحباب وأثره الندب والفعل المطلوب مندوب ومستحب يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه. وطلب الترك

---

[١] ينظر تهذيب المنطق للعلامة المعروف بالتفتازاني بشرح الخبيصي للعلامة عبيد الله بن الفضل الخبيصي: ص١٠.

[٢] ينظر تلخيص كتاب المقولات لابن رشد الحفيد: ص٨٥.

إذا كان على وجه الحتم والإلزام فهو تحريم وإلزام بالترك وأثره الحرمة ولزوم الترك، والفعل المطلوب تركه محرم ومحظور، فيلزم تركه وفاعله يعاقب ويلام وتاركه يثاب ويُقدَّر، وفعل المحظور المعاقب عليه جريمة إيجابية، وإن كان على وجه الأولوية والأفضلية فاستكراه وأثره الكراهة والفعل المطلوب تركه مكروه فلا يعاقب فاعله ولكنه يلام.

ونستنتج مما ذكرنا أن التكليف عند علماء الأصول يرادف الإلزام كما أن التكلف يرادف الالتزام، والمكلف فيه هو موضوع الالتزام والمكلف به (الأداء) هو محل الالتزام، وأن الإلزام والالتزام لا يتعلقان بالأعيان وإنما يكون متعلقهما هو فعل الإنسان (الأداء) إيجاباً كالقيام بعمل ما كما في الواجبات أو الامتناع عن العمل كما في المحظورات[1].

الإلتزام في الفقه الإسلامي:

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية تطبيقات الإلتزامات في العبادات والمعاملات، وما يسمى الأحوال الشخصية والجنايات وغيرها تحت عناوين مختلفة، ومن أبرزها معالجة العلامة الحطّاب[2] هذا الموضوع في كتابه (تحرير الكلام في مسائل الإلتزام)[3].

قسّم الحطّاب (رحمه الله) دراسته للموضوع من الناحية الشكلية إلى مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة[4]، عرّف في المقدمة الإلتزام بثلاثة تعريفات:

أ- تعريفه اللغوي بأنه إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما.[5]

ب- تعريفه في عرف الفقهاء[6] بأنه إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء.[7] وورد في نهاية هذا التعريف تعبير (بمعنى العطية)، ويبدو أنه أراد بالعمروف التبرعات،

ج- ثم قال "وقد يُطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو إلزام المعروف بلفظ الإلتزام".[1]

---

[1] ينظر أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد للمؤلف ٢/٨ وما بعدها.

[2] الإمام أبوعبدالله محمد بن محمد الملقب بالحطاب، الفقيه المالكي (ت٩٥٤هـ).

[3] تحقيق عبدالسلام محمد الشريف.

[4] يُنظر كتابه تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، ص٦٨ ومايليها.

[5] ثم قال "وهو بهذا المعني شامل للبيع والإيجارة والنكاح والطلا وسائر العقود".

[6] أي في الإسطلاح الشرعي.

[7] المرجع السابق، ص٦٨.

ويبدو من كلامه أن الإلتزام بمعناه اللغوي يشمل المعاوضات والتبرعات، كما يشمل العقود والتصرفات الإنفرادية، وهي ما يصدر عن الإنسان بإرادته المنفردة، كالطلاق بلا عوض وكالهبة.

ثم قال:[٢] "وأركان الإلتزام أربعة كأركان الهبة:[٣] الملتزِم (بكسر الزاي) والملتزَم له، والمتلتزم به، والصيغة، فيُشترط في كل ركن ما يُشترط في الهبة".[٤]

ثم قال: "وينقسم الإلتزام إلى أربعة أقسام، لأنه إما معلق أو غير معلق، والمعلق إما معلق على فعل الملتزم أو على فعل الملتزم له أو على غير ذلك، فانحصر الكلام في أربعة أبواب، وأما الخاتمة ففي ذكر مسائل إسقاط الحق قبل وجوبه ومسائل الشروط المخالفة بمقتضى العقد".[٥]

ويُلاحظ على صنيع الحطاب في معالجة الإلتزامات ملاحظات منها:

١- حصر الإلتزام بمعناه الشرعي في التبرعات، مع أنه عالج في كتابه المذكور الإلتزام في المعاوضات والتبرعات.

٢- إقتصر على الإلتزام الناشئ عن الإرادة المنفردة كما في التبرعات، أو من تلاقي إرادتين-كما العقود-، وأهمل الإلتزام غير الإرادي، كالإلتزام الذي يُفرضه الشرع، أو القانون، أو الوقائع الشرعية والقانونية، والإلتزام الناشئ عن واقعة مادية كالإلتزام بدفع التعويض عن الأضرار الناشئة عن حوادث إصطدام السيارات مثلا، والإلتزام الناشئ عن واقعة معنوية كالقرابة، فإنها سبب لنفقة القريب المعدم العاجز عن العمل على قريبه المتمكن مالياً.

٣- خلط بين محل الإلتزام (المتلزم به) وموضوع الإلتزام (الملتزم فيه).

٤- حصر سبب الإلتزام في صيغة العقد والتصرف الإنفرادي، مع أن سببه قد يكون غيرهما كما ذكرنا.

---

(١) المرجع السابق ص٦٨.

(٢) المرجع السابق ص٦٨

(٣) ثم قال: "نعم سيأتي في الباب الثالث من أنواع الإلتزام ما يكون من باب المعاوضة فيه (في الملتزم) أهلية المعاوضة فقط، وذلك الرشد وعدم الإكراه".

(٤) يُنظر المرجع السابق للإطلاع على شروط هذه الأركان.

(٥) المرجع السابق، ص٦٩.

٥- جعل أركان الإلتزام اربعة، مع أنها ستة، كما يأتي في محله.

ورغم هذه الملاحظات، فإن له الفضل الكبير بتأليف كتاب مستقل لبيان عناصر الإلتزام وأحكامه.

الإلزام والالتزام في القرآن الكريم:

قال سبحانه وتعالى ﴿ وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَاباً يَلْقَاهُ مَنشُوراً ﴾[١] :

كل إنسان: من صيغ العموم فيشمل الذكر والأنثى والصغير والكبير من كامل الأهلية إلى عديم الأهلية، غير أن الالتزامات الجنائية مستثناة من هذا العموم بتخصيصه بقوله تعالى: ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[٢] لكن تتوجه إليه المسؤولية المدنية، فعديم الأهلية يجب في ماله تعويض الضرر الذي يحدثه، وهذا يدل على أن كل إنسان أهل للالتزام منذ ولادته إلى وفاته.

ألزمناه: الالزام يكون إما بالفعل طلب الفعل كما في الأوامر او بالامتناع طلب الترك عن الفعل كما في النواهي، فالانسان ملزم بفعل كل واجب كالتعاون على البر والتقوى بمقتضى قوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى﴾[٣] كما انه ملزم بالامتناع عن كل محظور كالامتناع عن القتل مثلاً بمقتضى قوله تعالى ﴿ وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾[٤] وهذا يدل على أن محل الالتزام هو الفعل بمعناه العام الشامل للعمل والامتناع عن العمل الذي هو الأداء.

طائره: الطائر هو عمل الخير وعمل الشر، فإن كان عمله خيرا فجزاؤه خير وإن كان شراً فجزاؤه شرّ. وسُمي العمل طائراً لأن العرب إذا أرادوا فعل شأن من شؤونهم نظروا إلى الطير، فإذا طار متيامناً أقدموا عليه وظنوا انه خير لهم، وإن طار متياسراً ظنوا أنه شرّ لهم وأعرضوا عنه، فلما كثر تكرار ذلك منهم سموا نفس الخير والشرّ طائراً، تسميةً للشيء باسم لازمه المزعوم، حتى أصبح حقيقة عرفية، واستعمال القرآن هذا العرف العربي لا يعني إقرار

---

[١] سورة الأسراء /١٣.
[٢] سورة البقرة / ٢٨٦.
[٣] سورة المائدة /٢.
[٤] سورة الأنعام /١٥١.

الفكرة، فلا طيرة في الإسلام، ولكن القرآن كما نزل بلغة العرب، كذلك نزل في بعض آياته بعرفهم، اذاً الملزم هو الشارع والملتزم هو الانسان والالتزام هو تحمل نتائج العمل.

عنقه: العنق هو ما يسمى الذمة سواء كانت مالية أو غير مالية.

الاستنتاج :

يستنتج مما عرضناه من بعض الآيات القرآنية ومن التعريفات المذكورة في مختلف العلوم لمصطلح الالتزام نتائج يمكن اجمالها فيما يلي:

التعريف الجامع المانع للالتزام هو انه: (تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي).

تحليل التعريف:

التحمل: التحمل والتكلف والالتزام من مقولة الانفعال (التأثر أو المطاوعة) والكل بمعنى واحد. ولا يشترط في هذا التحمل بالنسبة لغير الجرائم والعبادات سوى أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحية الشخص لأن يكون له الحقوق وعليه بعض الالتزامات، ففي الأحكام الوضعية الراجعة الى خطاب الوضع تكفي هذه الأهلية للالتزام، أما في الأحكام التكليفية العائدة إلى خطاب التكليف فيشترط توفر أهلية المسؤولية الجنائية والالتزام الجنائي وهي كون الملتزم بالغا عاقلا مختارا عالما بما يكلف به قادرا عليه.

الأداء: هو القيام بفعل كتسليم المبيع او الثمن والوفاء بالديون وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ودفع الأجرة ورد الأمانات في المعاملات المالية إلى أهلها ونحو ذلك، وكاقامة الصلاة وأداء الزكاة في العبادات، والانفاق على الزوجة والأولاد في الواجبات الأسرية ونحو ذلك من الاعمال المشروعة، أو الامتناع عن الفعل كالالتزام بعدم إلحاق الضرر بالغير في حياته أو ماله أو عرضه أو سمعته ونحو ذلك من الأعمال غير المشروعة، فالأداء في الواجبات وتنفيذ الأوامر فعل، وفي المحرمات المحظورات وغيرها من المنهيات امتناع عن الفعل وكف عنه.

طوعا: يكون التحمل طوعياً إذا كان سبب الالتزام من الاسباب الاختيارية، سواء أكان هذا السبب تصرفاً قولياً كالبيع والهبة، أم تصرفاً فعلياً كالأفعال الصادرة عن الشخص بإرادته المنفردة الحرّة المختارة. وجدير بالذكر أن اعتناق الإسلام بالإرادة الحرة

سبب تحمل طوعي للوفاء بجميع الالتزامات التي يفرضها الشرع الإسلامي على الإنسان المسلم. ولا يشترط أن يكون التحمل أصالة بل النيابة كالأصالة في ذلك، بأن يكون من الوكيل أو الولي أو الوصي أو القيم.

كرها: يكون التحمل كرهاً إذا كان سبب الالتزام وقع رغم إرادة الملتزم، بأن لم يكن له الإرادة أصلاً، كتصرفات عديم الأهلية الضارّة، فانها سبب للالتزام بدفع التعويض للمضرور، أو كان السبب واقعة شرعية (أو قانونية) مادية كحوادث السيارات، أو معنوية كالقرابة فأنها سبب لا إرادي للميراث ولوجوب نفقة القريب الفقير على قريبه المتمكن مادياً. وليس المقصود بالكره الإكراه المعروف وهو ضغط غير مشروع على شخص لحمله على فعل لا يرضاه.

وجملة الكلام أن السبب إذا كان تصرفاً اراديا واعياً، يكون التحمل طوعاً، وإذا كان واقعة مادية أو معنوية، يكون التحمل والإلتزام كرهاً يفرضه عليه الشرع أو القانون.

الإنشغال: هو ما يسمى في اصطلاح القانونيين المديونية والمسؤولية.

والمديونية: هي انشغال ذمة بحق للغير حتى يؤديه.

والمسؤولية: كون الإنسان مطالباً بحق للغير عليه أداؤه باختياره وإلا فيجبر عليه.

وجميع ما يملكه الملتزم (المدين) من الحقوق العينية والشخصية ضمان عام لحق الدائنين، إضافة إلى الضمان الخاص إن وجد، كالرهن قبل تفريغ الذمة من هذا الانشغال، وإذا سقطت دعوى الدائن بالتقادم أو عدم وجود دليل الإثبات على المدعى عليه، سقطت المسؤولية أمام القضاء دون المديونية أمام الله، ويتحول الالتزام من كونه مدنياً إلى التزام طبيعي.

وقد عدَّ بعض شرّاح القانون[1] المديونية والمسؤولية من عناصر الالتزام وهذا الخطأ الشائع مبني على الخلط بين عناصر الشيء وعوارضه الخاصة بعد وجوده، فالمديونية

---

[1] ومنهم الدكتور عبد الحي حجازي في كتابه النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي ٩٣/١ وما بعدها، حيث قال: أن الالتزام وإن بدا في ظاهره فكرة موحدة، يتكون في الحقيقة من عنصرين اثنين، عنصر شخصي وعنصر عيني، والعنصر الشخصي هو ذلك الواجب الذي يقتضي المدين تنفيذ الأداء الذي التزم به، وهو لذلك يسمى عنصر المديونية. أما العنصر العيني فمؤدّاه أن الدائن يكون له أن يهاجم ذمة المدين عند عدم تنفيذه لالتزامه وذلك لحمله على التنفيذ، وهو لذلك يسمى عنصر المسؤولية.

والمسؤولية هما من العوارض اللازمة للالتزام، ومن خواصه بعد وجوده، وليستا من عناصره كما يتبين ذلك من التعريفين المذكورين لهما، حيث إن إنشغال الذمة بحق للغير والمطالبة بهذا الحق إنما يكونان بعد الالتزام وتوافر عناصره.

الذمة: عرّفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات متعددة بعضها ناقصة وبعضها غامضة، ومنها تعريفها بأنها وصف يصير به المكلف أهلاً للإلزام والالتزام، ومنها تعريفها بأنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام والإلزام[١] ومنها أنها وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه[٢].

وهذه التعريفات كلها معيبة من أوجه متعددة منها:

١. كل منها غامض ومن شروط التعريف أن يكون جلياً وواضحاً.
٢. فيها خلط بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة.
٣. بعضها غير جامع فلا يشمل ذمة غير المكلفين ممن هو ناقص الأهلية او عديمها.

وعرّفها فقهاء القانون بأنها وعاء للحقوق والالتزامات، أو هي مجموع ما للإنسان من الحقوق وما عليه من الالتزامات[٣]، وكلا التعريفين معيب من الأوجه الآتية:

١. فيهما المصادرة على المطلوب في الاصطلاح القانوني والاستحالة المنطقية (أو الدور) في الاصطلاح المنطقي، لأن الذمة المالية يتوقف وجودها على توافر عنصرين الحقوق والالتزامات وهما يتوقفان على وجود الذمة المالية، لأنه إذا لم تكن الذمة المالية قائمة، فلا وجود للحقوق والالتزامات المالية، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه وهو يستلزم تقدم الشيء على نفسه واللازم باطل وكذلك الملزوم.
٢. التعريف يقتصر على الذمة المالية فقط، في حين أن حقوق الإنسان والتزاماته كما تكون مالية فكثيراً ما تكون غير مالية.

---

[١] الفروق للقرافي (شهاب الدين ابي العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي) المالكي: ١٨٣/٣، ٢٣١.

[٢] التوضيح والتنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح ١٥٢/٣.

[٣] المدخل للقانون الخاص لأستاذنا الدكتور عبد المنعم البدراوي ص٤٦٢ وفيه: (يقصد باصطلاح الذمة المالية مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية، فالذمة تتكون من عنصرين الإيجابي (حقوق الشخص) والسلبي (الالتزامات)).

٣. تعريفها بالوعاء غامض، لأن الوعاء فرضية قانونية، في حين يشترط في التعريف أن يكون أوضح وأجلى من المعرف.

٤. يفهم من التعريفين ان من يولد وهو حين ولادته أو بعدها لا يملك حقاً مالياً ولا يكون ملزماً بأي التزام أنه لا ذمة له، وهذا مخالف لإجماع فقهاء الشريعة والقانون، على أن الإنسان يولد وتولد معه الذمة المالية وتستمر إلى الوفاة.

٥. القول بأن المراد صلاحية الشخص لأن يكون له الحقوق وعليه الالتزامات في المستقبل يستلزم الخلط بين الذمة المالية وأهلية الوجوب الكاملة واللازم باطل وكذلك الملزوم. والواقع – كما ذكرنا – أن القرآن نصّ في قوله تعالى ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾ على أن ذمة الإنسان رقبته[1]، وهذا الجزء من الإنسان أمر محسوس وملموس يربط جهاز تفكير الإنسان (الدماغ) بجهاز عمله (الأيدي والأرجل)، وحكمة اختيار هذا الجزء من الإنسان لأن يكون ذمة تتعلق بها الالتزامات المالية وغير المالية هي أنه حلقة وصل بين جهاز التفكير (الدماغ) والعمل (الأيدي والأرجل).

الحق: لم يستقر لحد الآن – حسب علمي – رأي على تعريف دقيق جامع مانع شامل لجميع أقسام الحق المالية وغير المالية، كما ان التعريف عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا يتجاوز معناه اللغوي. لذا اقترح أن يُعرف الحق بأنه: (مركز[2] شرعي[3] من شأنه[4] أن ينتفع به من يستحقه أو غيره[5]). فهذا التعريف يشمل جميع أقسام الحقوق المالية

---

[1] في كشف الأسرار شرح أصول البزدوي الحنفي (الإمام علي بن محمد البخاري) ٣/١٣٥٩: ﴿قوله تعالى: وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾ أي ألزمناه ما طار له من عمله، وقوله في عنقه عبارة عن اللزوم يقال لمن التزم شيئاً يقلده طوق الحمامة، ويقول الرجل للآخر جعلت هذا الأمر في عنقك إذا ألزمه إياه، أو هو عبارة عن الشخص كالرقبة. والذمة في اللغة العهد، لأن نقضه يوجب الذم، قال ﴿ لاَ يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلاًّ وَلاَ ذِمَّةً﴾ أي عهدا، وإنما يراد به أي بالذمة في الشرع نفس ورقبة لهما ذمة وعهد سابق، والمراد بالوجوب في الذمة في قولهم وجب في ذمته العهد الماضي وهو النفس والرقبة).

[2] سواء كان هذا المركز مادياً أو معنوياً.

[3] أي يعترف به الشرع أو القانون ويقره ويحميه.

[4] أي لايشترط أن يكون الانتفاع قائماً بالفعل، فالمهم هو إمكان الانتفاع وإن لم يحصل فعلاً.

[5] بقيد (أو غيره) تدخل في التعريف حقوق الله لأن المنتفع فيها هو الإنسان وحده.

وغير المالية وانواعها العامة منها والخاصة.

تعريف الالتزام في القانون:

من التعريفات للالتزام ما جاء في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي القائم من النص على الآتي:

١. الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين "دائن ومدين"، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل.
٢. ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلهما نقداً أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين.
٣. ويؤدي التعبير بلفظ "الالتزام" وبلفظ "الدين" نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ "الحق الشخصي".

ويلاحظ على هذه المادة ما يأتي:

١- اعتبرت الحق الشخصي والالتزام والدين ألفاظاً مترادفة لها معنى واحد، عبارة عن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين، بمقتضاها يطلب الأول من الثاني نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عنه، وهذا يعني أن هذه الرابطة القانونية كعملة واحدة ذات وجهين حق شخصي بالنسبة للدائن والتزام بالنسبة إلى المدين.
وهذه الفرضية القانونية بالمعيار المنطقي خطأ من الأوجه التالية:

أ. الالتزام من مقولة الانفعال (التأثر أو المطاوعة)، والرابطة القانونية من مقولة الإضافة تتكون من نسبتين[1] إحداهما إلى الدائن والثانية إلى المدين، وهاتان المقولتان متباينتان من حيث المضمون، فلا تعرف إحداهما بالأخرى في ميزان المنطق والفلسفة.

ب. الالتزام صفة انفرادية قائمة بشخص المدين وخاصة به، والرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين، فلا يصح أن تفسر إحداهما بالأخرى في اللغة والمنطق، لأن المعرِّف والمعرَّف يجب أن يكونا متحدين بالذات حتى يصح

---

(١) أي بالنسبة التي لا تعقل إلاّ بالقياس إلى نسبة أخرى معقولة بالقياس إلى الأولى، كالأبوة والبنوة. ينظر: المقولات بين الفلاسفة والمتكلمين، د. محمد رمضان: ص٧٦.

حمل أحدهما على الآخر، ومتغايرين بالاعتبار حتى لا يلزم حمل الشيء على نفسه.

ج. اعتبار الدين (الحق الشخصي) والالتزام مترادفين يتعارض مع القول بأن الحقوق الشخصية إذا زادت على الالتزامات تكون الذمة دائنة، وإذا كان الأمر بعكس ذلك تكون مدينة، فكيف يتصور منطقياً هذا التغير في الذمة إذا كان الدين والالتزام لفظين مترادفين لهما مضمون واحد ؟

٢- ومن الملاحظات على المادة المذكورة أن نقل للملكية يتم بمجرد انعقاد العقد سواء كان عقداً رضائياً أو شكلياً، فقبل انعقاده لا التزام بنقل الملكية وبعده لا داعي له، وهذا خلط بين اتجاه القانون المصري في التصرفات المنصبة على العقار حيث تُنشئ الالتزام ولا تنتقل الملكية قبل تسجيلها في الشهر العقاري وبين اتجاه القانون المدني العراقي المعتبر العقد الشكلي باطلاً[١] قبل الإجراء الشكلي لا يترتب عليه أي التزام.

٣- أن ذكر النقود مع المثليات حشو لأنها من المثليات.

وبناءً على هذه الاستنتاجات المنطقية تكون الفقرات الثلاث من المادة (٦٩) معيبة.

وعرّفه المشروع للمدني العراقي لسنة ١٩٨٥ (م/١١٠) بأنه: (واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر). وهذا خلط بين الالتزام ومحل الالتزام، فمحله أداء واجب فالواجب صفة الأداء دون الالتزام.

وعرّفه المشروع التمهيدي للمدني المصري (م/١٢١) بأنه: (حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل). ثم حذف في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان[٢].

وعرّفه القانون المدني المصري القديم الملغي (م٩٠/١٤٤) مختلط بأنه تعهد، وعرّف التعهد بأنه: (ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء

---

[١] المادة (٥٠٨) من المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والمادة [٣] من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
المادة [٩] و(١٢) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦.

[٢] المذكرة الإيضاحية للمدني المصري ٩/٢.

معين أو امتناعه عنه). ويلاحظ أن التعهد رغم قربه من التحمل إلا أنه لا يشمل إلا التزاماً يكون سببه إرادياً.

ومن تعريفاته الفقهية: تعريفه من المرحوم العلامة الأستاذ السنهوري حيث يقول[1]: (التعريف الذي نختاره هو أن الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل). ويلاحظ على هذا التعريف مع الإجلال لمكانة الأستاذ السنهوري ما يأتي:

١. تعريف غامض لأن الحالة القانونية هي في حد ذاتها غير واضحة وغير محددة والتعريف يجب أن يكون جلياً واضحاً لا لبس فيه.
٢. لا يتضمن التعريف جميع عناصر الالتزام وعناصر الشيء تؤخذ من تعريفه.
٣. الحالة القانونية مع الرابطة القانونية لا تختلفان في المضمون، وإنما الاختلاف في التعبير.

فيرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف الالتزام بالرابطة القانونية في القانون المدني العراقي (م/٦٩).

ومنها تعريف الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بأنه: (رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل)[2].

ويرد عليه ما أوردناه على تعريف الأستاذ السنهوري.

ومنها تعريفه[3] بأنه: (الواجب الملقى على عاتق المدين لإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل).

ويرد على هذا التعريف ما أوردناه على تعريف المشروع من أنه خلط بين الالتزام ومحله، فالواجب هو الأداء الذي عبارة عن محل الالتزام وليس الالتزام نفسه.

وجملة الكلام: من تتبع القوانين الوضعية وشروحها وآراء فقهاء وشراح القانون، لا يجد فيها تعريفاً واضحاً جامعاً مانعاً للالتزام بميزان علم المنطق وفلسفة القانون ومقتضى اللغة.

ونتناول في المطلبين الآتيين أصالة الإلتزام في الشريعة الإسلامية وطبيعته في القانون والفقه الإسلامي.

---

[1] الوسيط ١/١٢٥.

[2] مصادر الالتزام: ص٢٠.

[3] د. عبد الناصر العطار، الأجل في الالتزام: ص٢٠.

المطلب الأول
أصالة الالتزام في الشريعة الإسلامية

وقد نصَّ عليه القرآن في آيات كثيرة منها:

أ. قوله تعالى ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾[١]. وإلزام الشارع يستلزم التزام عبده المخاطب بالتكليف بأن يقوم بما كُلف به من فعل أو امتناع، ومن الواضح أنه لا يوجد في المعايير المنطقية الإلزام بدون الالتزام ولا الالتزام بدون الإلزام، فهما متلازمان في ذهن الإنسان وخارج الذهن.

ب. أمر القرآن الكريم بالوفاء بالعقود فقال ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾[٢]، أي أوفوا بالالتزامات المترتبة على عقودكم، وكل وفاء يستلزم سبق التزام من الناحية اللغوية والمنطقية.

ت. قال تعالى ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[٣]، والعهد يتضمن التعهد، كما أن حمل الأمانة يستلزم التحمل، لأن كُلا من صيغة التعهد والتحمل والالتزام والتكلف ألفاظ مترادفة ومن صيغ المطاوعة، والتعهد صورة من صور الالتزام.

ث. وفي آية الأمانة قال سبحانه وتعالى: ﴿وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ﴾ والحمل يتضمن التحمل وهو يرادف الالتزام.

ج. بحثه علماء الفقه بالتفصيل في باب الأحكام التكليفية، وعرَّفوا الحكم التكليفي بأنه مدلول خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير، والاقتضاء هو طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام كما في الواجب، أو على وجه الأولوية كما في المندوب، ومن الواضح أن تكليف الشارع إلزام وتكلف العبد التزام والمكلف فيه موضوع الالتزام والمكلف به محل الالتزام، وكل من التحمل والتكلف والتعهد يُقصد به معنى الالتزام، ومن الواضح أن العبرة في المصطلحات بمعانيها ومقاصدها لا بألفاظها ومبانيها.

---

[١] سورة الإسراء / ١٣.
[٢] سورة المائدة /١.
[٣] سورة الإسراء /٣٤.

سعة نطاق الالتزام:

نسبة نطاق الالتزام في القانون إلى نطاقه في الشريعة الإسلامية من حيث مجال التطبيقات، كنسبة مقدار ماء حنفية إلى نهر، والدليل على ذلك ما ذكرناه ونضيف إليه ما يلي:

أ. إن القرآن الكريم نصَّ على موضوع الالتزام وهو الأمانة فقال: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾، والأمانة عبارة عن كل ما يجب على الإنسان أن يقوم به تجاه ربه ونفسه وأسرته ومجتمعه وأمته والبشرية جمعاء، وكل مصطلح تقاس سعته بسعة موضوعه، بينما موضوع الالتزام في القانون يكون في القضايا المالية وهو عبارة عن حق شخصي مالي بذمة المدين ويقتصر على القضايا المالية.

ب. جميع أحكام القرآن الكريم حقوق والتزامات متبادلة، وحياة الإنسان كلها حقوق والتزامات، فما من إنسان يعيش على المعمورة في الكرة الأرضية في مجتمع ما إلا وله حق وعليه التزام في مجال من مجالات احتكاكه بالغير.

وبناءً على النقاط المذكورة المتعلقة بأصالة الالتزام في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي وسعه نطاقه، يتبين لنا أن العلامة المرحوم الأستاذ السنهوري (رحمه الله) لم يكن موفقاً فيما ذهب إليه في كتابه (مصادر الحق)[1] تحت عنوان (الحق الشخصي أو الالتزام): "التعبير مستعار من الفقه الغربي من أن الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربي وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير"، ثم يمضي قائلا: "وإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهياً يقابل لفظ الالتزام بالمعنى المعروف في الفقه الغربي يجب أن نستعمل تعبيرين هما: (الالتزام) و(الضمان) ولا نكون بعد ذلك استنفدنا جميع الالتزامات التي تنشأ عن مصادرها المختلفة، فلنقتصر إذاً على لفظ الالتزام بمعناه المعروف في الفقه الغربي".

لعل هذا الأستاذ الجليل كان متأثراً بما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة من تفسير الالتزام بمعناه الضيق الذي يقتصر على التبرعات أو على التزام مالي بسبب العقد أو الإرادة المنفردة، كما سبق في كلام الحطاب.

---

(1) ١/١٤.

ومن الواضح أن العلامة الأستاذ السنهوري كان معذوراً لأن اختصاصه القانون وأما الحطاب فلا عذر له وهو يعد من المجتهدين في نطاق مذهب الإمام مالك. ومع ذلك فإنه لا يُمثل الشريعة الإسلامية في تفسير الالتزام بهذا المعنى الضيق، ولو راجع المنبع الأصلي (القرآن الكريم) في موضوع الالتزامات لأتى بتعريف جامع مانع يفوق تعريفات الفقه الغربي سعة وأصالة، ولما حكم عليه بتعريفه القاصر غير الجامع غير العادل.

وكذا لو أرجع العلامة الأستاذ السنهوري (رحمه الله) هذا الموضوع إلى الآية (١٣) من سورة الإسراء: ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾ والآية (٧٢) من سورة الأحزاب: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ الآية، وغيرهما من الآيات ذات الصلة بالموضوع، لتبين له مدى أصالة الالتزام وسعته في الشريعة الإسلامية، ولظهر له بوضوح أن جميع أحكام القرآن حقوق والتزامات متبادلة في جميع مجالات الحياة بين أفراد الأسرة البشرية، ولما أحتاج إلى استعارة مصطلح (الالتزام) من الفقه الغربي ليستعمله في الفقه الإسلامي، ولما قال: "الالتزام + الضمان في الفقه الإسلامي = الالتزام في الفقه الغربي"، ورغم كل ذلك فان اللوم يوجه إلى الفقهاء الذين نظروا إلى هذا الموضوع بمنظار قاصر.

المطلب الثاني
طبيعة الالتزام في القانون والفقه الإسلامي

طبيعة الإلتزام في القانون:

يتنازع طبيعة الالتزام مذهبان (الشخصي والمادي):

١. **المذهب الشخصي:** هو الذي يأخذ بنظر الإعتبار العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام دون إعطاء دور لموضوعه.. وتمتد جذور هذا المذهب إلى القانون الروماني الذي كان ينظر إلى الالتزام من ناحيته الشخصية على أساس أنه رابطة قانونية بين الدائن والمدين، وكانت في أول الأمر صورة لسلطة الدائن على جسم المدين إلى حد الإعدام أو الاسترقاق والتصرف فيه كتصرفه في أمواله، ثم تطورت الفكرة إلى حبسه ثم إلى

التنفيذ الجبري على ماله إذا لم يقم به باختياره[١]، وقد ساد هذا المذهب في الفقه الفرنسي وبني على أساسه تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين كماً وكيفاً وبأنه سيادة الدائن على المدين أو خضوع المدين للدائن وتزعم هذا الاتجاه سافيني من الفقهاء الألمان[٢].

٢. **المذهب المادي:** نشأ هذا المذهب بعد أن تعرض المذهب الشخصي للانتقادات، ولا يقف هذا المذهب في الالتزام عند الرابطة الشخصية وإنما دعا إلى تغليب موضوعه[٣] على طرفيه، بحيث أصبح الجانب المالي أكثر قيمة وأهمية من كونه علاقة شخصية الأمر الذي جعل من موضوع الالتزام قيمة مالية يمكن أن ينفصل عن الدائن أو المدين وأن ترد عليه التصرفات التي ترد على الحق العيني غالباً.

ثمرة التفرقة بين المذهبين:

تترتب على هذه التفرقة نتائج أهمها:

١. الاعتداد بموضوع الالتزام –أو ما يسمى المحل– قبل أشخاصه يجعل من الممكن تبديل أطراف الالتزام كتغيير الدائن عن طريق الحوالة.

٢. بمقتضى المذهب المادي من المستطاع إيجاد الالتزام دون الدائن وقت نشوئه فيكفي وجوده عند التنفيذ، بينما هذا غير ممكن بموجب المذهب الشخصي إذ يجب في هذا المذهب أن تكون هناك رابطة بين دائن ومدين موجودين حين نشأة الالتزام ويترتب على هذه النتيجة الثانية ما يلي:

أ. من الممكن تصور التزام المدين بإرادته المنفردة قبل تحديد شخص الدائن كما في الجعالة.

ب. يصح الاشتراط لمصلحة الغير في حالة ما إذا كان المستفيد شخصاً غير معين أو غير موجود وقت الاشتراط (وقت نشوء الالتزام) كما في التأمين على الحياة

---

[١] الوجيز في القانون الروماني– أحكام الالتزام، للأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب: ص١٥.

[٢] الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص١٥–١٦.

[٣] يستخدم فقهاء القانون ممن بحثوا هذا الموضوع تعبير المحل بدلاً من الموضوع وهو خطأ لأن محل الالتزام هو الأداء.

لمصلحة من سيولد من الأولاد[١].

موقف الفقه الإسلامي من طبيعة الإلتزام:

الفقه الإسلامي ديدنه الأخذ بما هو المعقول والوسط كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِّتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً﴾[٢]، فطبيعة الالتزام في هذا الفقه ذات صفة معتدلة ومتوسطة بين المذهبين الشخصي والمادي، فهو يتسم بالجانب الشخصي من حيث النشأة والمطالبة والجانب المادي من حيث التنفيذ، وقد أشار القرآن الكريم إلى الجانب الأول في قوله تعالى ﴿ وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَآئِرَهُ فِي عُنُقِهِ ﴾ وإلى الجانب الثاني في قوله تعالى ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٣]، ويترتب على هذه الطبيعة بعض الآثار منها:

١. يجوز أن يكون الملتزم له معدوماً أو مجهولاً حين إنشاء الالتزام، نظراً إلى نزعته المادية.
٢. لا يجوز حبس المدين العاجز عن وفاء دينه، لأن سلطة الدائن منصبة على مال المدين الذي هو ضمان لدينه لا على شخصه.
٣. يجوز حبس المدين على ظلمه بامتناعه عن الوفاء بالتزامه، رغم تمكنه من هذا الوفاء وعدم وجود مبرر لهذا الامتناع، كما قال الرسول العظيم ﷺ: ((مطل الغني ظلم))[٤] وفي رواية أخرى: ((لَيُّ الواجد ظلم يُحلّ عرضه وعقوبته))[٥] أي حبسه.

---

[١] المرجع السابق: ص١٧١٨.
[٢] سورة البقرة / ١٤٣.
[٣] سورة البقرة / ٢٨٠.
[٤] أخرجه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عمر ٧١/٢.
[٥] العِرض بكسر العين ما يمدح به الشخص أو يذم به، فيجوز ذكره أمام الناس بأنه ليس محل ثقة في التعامل معه.

المبحث الثاني

عناصـر الالتـزام

عناصر الشيء ما يتوقف عليه هذا الشيء في تحققه ووجوده، فهي سابقة عليه في الوجود الذهني كما في عناصر المصطلحات العلمية، أو في الذهن والخارج كما في عناصر الأجهزة الميكانيكية، لأن الموقوف عليه منطقياً بمثابة العلة للموقوف والعلة متقدمة على معلولها.

وإذا رجعنا إلى تعريف الالتزام وبيان ماهيته نجد أنه يتوقف على العناصر الستة الآتية:

١. الإلزام الناشئ عن المصدر الملزم
٢. والملتزم
٣. والملتزم له
٤. والملتزم فيه
٥. والملتزم به
٦. وسبب الالتزام

وتوزع دراستها على ستة مطالب:

المطلب الأول

الإلزام

وينشأ عن المصدر الملزم، وهو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية.

الخلط بين أسباب الالتزام ومصادره:

في التقنينات الحديثة المتأثرة بالتشريعات اللاتينية مصادر الالتزام خمسة وهي:
العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب (أو الكسب دون سبب) والقانون.

وتسمية هذه الأمور باستثناء القانون مصدراً للالتزام مبنية على التجوز والخلط بين المصدر والسبب للأدلة المنطقية الآتية:

١. الالتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون، والحكم التكليفي لا يتعلق بالأعيان وإنما يتعلق بتصرفات الإنسان وأعماله، وقد أجمع العلماء على أن الحكم التكليفي هو خطاب[١] الشارع (أو المشرع) المتعلق بتصرفات الإنسان على وجه الاقتضاء[٢] أو التخيير[٣]، وأن التصرفات القانونية والوقائع القانونية حكم وضعي وهو ما جعله الشارع (أو المشرع) سبباً لحكم تكليفي، أو شرطاً له، أو مانعاً منه.

وعلى سبيل المثال في عقد البيع محل التزام البائع هو تسليم المبيع، ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن، وكل من التسليم والدفع من أفعال الإنسان، وأما الثمن فهو موضوع التزام المشتري، كما أن المبيع موضوع التزام البائع، والبيع سبب الالتزام، وخطاب الشارع[٤] (أو المشرع) مصدره.

٢. أجمع فقهاء القانون على ان مصدر الالتزام في الوقائع الطبيعية هو القانون، وفي مقدمتهم العلامة الأستاذ السنهوري حيث يقول: "الوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي، لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها"[٥]، وهذا صريح في أن الواقعة سبب الالتزام وأن مصدره هو القانون.

ولا نجد فرقاً بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية من حيث السببية سوى تدخل إرادة الإنسان في الأولى دون الثانية، وتدخل الإرادة لا يغير طبيعة سببية التصرفات القانونية إلى المصدرية في ضوء المنطق القانوني.

---

[١] أي مدلوله وهو طلب الفعل أو الترك.

[٢] طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام كما في الواجبات، أو على وجه الأفضلية كما في المستحبات، أو طلب الترك على وجه الحتم والإلزام كما في المحظورات، أو على وجه الأولوية كما في المكروهات.

[٣] كما في المباحات.

[٤] كقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ سورة المائدة / من الآية ١.

[٥] الوسيط ١/١٤٥.

٣. نصَّ بعض القوانين صراحة على أن القانون هو الذي يرتب الآثار على العقد من الحقوق والالتزامات، وأن العقد ليس سوى سبب يباشره العاقد ويرتب عليه القانون الأحكام (الآثار).

ومن تلك القوانين القانون المدني الكويتي[1] الذي ينص في المادة (٣١) على أن: (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)، ومعنى الترتيب هو أنه المصدر للأثر وأن العقد سبب يباشره العاقدان، وترتب سببه عليه ليس من وظيفة العاقد، بل دوره ينتهي بمباشرة السبب الذي توفرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه.

٤. لا خلاف بين فقهاء الشريعة والقانون في أن مصدر الالتزامات الجنائية هو القانون الجنائي بمقتضى مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ)، وأن كل ما يخل بالالتزام الذي يفرضه هذا القانون ينال جزاءه العادل بموجبه، وكذلك لا خلاف في أن الإخلال بالالتزامات المدنية عقدية كانت أم تقصيرية يرتب عليه القانون الجزاء، ولا اختلاف إلا في طبيعة الجزاء، فالجزاء في الإخلال بالالتزام المدني غالباً مالي كالتعويض أو التنفيذ على حساب المدين أو نحو ذلك، وفي الإخلال بالالتزام الجنائي الجزاء غير مالي غالباً كما قد يكون مالياً والجزاء في الحالتين حكم تكليفي مصدره القانون أو السلطة التشريعية بغض النظر عن طبيعة هذا الجزاء.

٥. لا خلاف بين فقهاء القانون وفقهاء الشريعة في أن العقد والإرادة المنفردة من أسباب كسب الحقوق، والحقوق والالتزامات كلها من الآثار، فاعتبار العقد والإرادة المنفردة من المصادر لآثار تكون من الالتزامات ومن الأسباب بالنسبة لآثار تكون من الحقوق، تحكم وترجيح بلا مرجع وهو مرفوض في المنطق القانوني.

٦. لو تُرك الإنسان وطبعه لأخلت نسبة كثيرة من الملتزمين بالتزاماتهم، والدليل على ذلك أن الدائن لو لم يكن لديه سند قانوني للتنفيذ في حالات الخصومات والمنازعات، لامتنع المدين عن الوفاء بالتزامه غالباً، ولو كان مصدر التزامه هو العقد الذي أبرمه أو إرادته المنفردة أو فعله الضار أو النافع، لبادر إلى تنفيذ التزامه رغم عدم وجود أيّةِ بيّنة ضده ظاهراً.

---

[1] رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

فكل تصرف قانوني يستمد قوته الملزمة من القانون لا من إرادة المتصرف وهذا دليل منطقي على أن مصدر الالتزام في الواقع والحقيقة هو القانون وأن التصرف هو السبب.

٧. لو كان مصدر الالتزام هو العقد لما كان هناك حاجة إلى أن يقول المشرع العراقي مثلاً في المادة (١٤٥) مدني: (أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد فأن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه) ولو كان مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة، لما كان هناك داعٍ لأن يقول المشرع العراقي في المادة (١٨٤) مدني: (لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينصّ فيها القانون على ذلك).

٨. قبل نشأة القانون كان مصدر الالتزامات هو العرف السائد في كل زمان ومكان، وكانت المجتمعات والشعوب قبل نشأة الدولة والقانون تخضع أفرادها للأعراف السائدة في القضايا الجنائية والمدنية، وكان العرف هو المصدر للالتزامات الجنائية والمدنية، فكذلك القانون الذي حل محل الأعراف هو المصدر.

٩. المصدر مصطلح مستحدث حل محل مصطلح الدليل القانوني والدليل الشرعي، ومن البدهي أن دليل الالتزامات الشرعية هو الشرع ودليل الالتزامات القانونية هو القانون.

١٠. لو لم يكن مصدر الالتزام هو القانون لما سقط بالتقادم، لأن التصرف الذي أنشأ الالتزام لا يسقط بالتقادم، وما دام المصدر لا يقبل الإسقاط فيجب أن يكون الالتزام المترتب عليه غير قابل للإسقاط أيضاً.

١١. استقر رأي الفقه الحديث على أن أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون دون سلطان الإرادة.

فهذه الأدلة بمجموعها تكون برهاناً قاطعاً على أن مصدر الالتزام هو القانون رغم إمكان تعرض كل دليل بمفرده للنقد والملاحظة.

وبناءً على ذلك نسبة المصدرية إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية، إذا لم تكن مبنية على المجاز، غير منطقية ومرفوضة في المنطق القانوني، لأن الالتزام حكم تكليفي فمصدره الحقيقي هو القانون.

المطلب الثاني
الملتزم

ويطلق عليه المكلف والمتحمل والمتعهد والضامن والمدين ونحو ذلك بحسب طبيعة موضوع الالتزام.

والملتزم في الالتزام المدني التقصيري لا يشترط فيه سوى توفر أهلية الوجوب الكاملة، وهي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات، وتثبت للإنسان بعد ولادته حياً وتستمر إلى وفاته، فلا تتأثر بعوارض الأهلية.

وفي الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به[1] يكون أهلاً للمسؤولية المدنية التقصيرية ولو كان عديم الأهلية.

وفي الالتزامات التعاقدية يشترط فيه توفر أهلية التعاقد وهي التمييز في المعاوضات والعقل في التبرعات، أما في الالتزامات الجنائية فيشترط فيه لتحقيق المسؤولية الجنائية الكاملة، أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً عالماً بالمكلف به قادراً على القيام به أو الامتناع عنه.

وفي الشريعة الأسلامية لا يكون الشخص المعنوي (الحكمي) أهلا للالتزام الجنائي، لأنه يشترط أن يكون الملتزم آهلا للتكليف الذي مناطه العقل.

أما في الفقه الجنائي القانوني الحديث فالفكرة يتنازعها اتجاهان:

احدهما اتجاه الرفض للأسباب الآتية:

١. أساس المسؤولية الجنائية الارادة الحرة المدركة وهي مفقودة في الشخص المعنوي.
٢. الوجود الافتراضي للشخص المعنوي محدد بدائرة العمل الذي افترض من اجله استثناء للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها فما يتعلق بالمسائل الجنائية خارج عن كيانه القانوني المفترض.
٣. الشخص المعنوي لا يمكن أن تطبق بحقه العقوبات المقررة بالقانون.
٤. توقيع العقوبات على الشخص المعنوي يتعارض مع مبدء الشخصية الجنائية، لان ضرر الجزاء يتجاوز الشخص المعنوي ليشمل الشخص الطبيعي[1].

---

[1] كالمدني العراقي (م/١٩١) والمدني الأردني (م/٢٥٦) : (كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر).

والاتجاه الثاني هو القول بجواز توجيه المسؤولية الجنائية إلى الشخص المعنوي، وجل أدلته رد الأدلة السابقة التي أستدل بها أنصار الرفض كالآتي:

١. الشخص المعنوي ليس مجرد فرض وخيال وانما هو حقيقة وله وجوده فله الحقوق وعليه الالتزامات.
٢. الجريمة كما أنها ليست غاية بالنسبة للشخص المعنوي، كذلك ليست غاية بالنسبة للشخص الطبيعي.
٣. العقوبة تطبق على الشخص المعنوي، فبدلاً من الإعدام يلغى، وبدلا من السجن يتم ايقاف عمله وهكذا.
٤. الجزاء كما لا يقتصر على الشخص المعنوي، كذلك لا يقتصر على الشخص الطبيعي، لأنه يتأذى به أولاده وأقاربه ومجتمعه.

والصواب هو الاتجاه الأول لقوة أدلته المنطقية.

المطلب الثالث
الملتزم له

وهو صاحب الحق سواء أكان الحق مالياً أم غير مالي، مادياً أم معنويا، وسواء أكان الحق المالي عينياً أم شخصياً، عاماً أم خاصاً. ولا يشترط في الملتزم له الشروط التي يجب توافرها في الملتزم، كما في الحيثيات الآتية:

من حيث الشخصية: يجوز أن يكون الملتزم له شخصاً طبيعياً كزيد من الناس، أو معنويا كمؤسسة ذات نفع عام اعترف القانون بشخصيتها، كما يجوز أن لا يكون واحداً منهما، لا طبيعياً ولا معنوياً كما في حقوق الله، ففي جميع حقوق الله من المعتقدات والعبادات وعقوبات، الجرائم يكون الملتزم له هو الله سبحانه وتعالى، غير أن منفعة هذه الحقوق تعود للإنسان المكلف بادائها وللمجتمع، كما يأتي بيان ذلك في موضوع الملتزم فيه.

---

[1] في المسؤولية الجنائية، للأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي: ص٧٧ وما يليها.

ومن حيث الوجود: يجوز أن يكون الملتزم له موجوداً، كما يجوز أن يكون معدوماً حين إنشاء الالتزام، كمن يوصي ببعض من ماله لأول حمل لزوجة أحد أولاده وهو لم يتزوج بعد. كما يجوز أن يكون من الموجودين والمعدومين معاً، كالوقف على فقراء منطقة معينة أو مدرسة أو نحو ذلك، وكالوقف على الأولاد وأولاد الأولاد وان نزلوا.

ومن حيث التحديد: كما يجوز أن يكون الملتزم له معلوماً، يجوز أن يكون مجهولاً حين إنشاء الالتزام، كما في الجعالة[1].

ومن حيث الأهلية: يجوز أن يكون الملتزم له كامل الأهلية وناقصها وفاقدها.

ومن حيث القدرة على الانتفاع بالملتزم فيه: لا يشترط أن يكون الملتزم له قادرا بنفسه على استثمار الملتزم فيه والانتفاع به، لإمكان أن يحل محله غيره في الاستثمار والانتفاع به كوليه أو وصيه أو وكيله.

ومن حيث العلم: لا يشترط أن يعلم الملتزم له بالالتزام حين إنشائه، فيما إذا كان في الملتزم فيه مصلحة تعود اليه.

ومن حيث الاختيار: لا يشترط في كل شيء موافقة الملتزم له، حيث يجوز للسلطة اجبار شخص على قبول مكافأة أو مرتب شهري لقاء ما يقدمه للمجتمع من النفع العام.

ومن حيث النوع: لا يشترط أن يكون الملتزم له إنساناً أو شخصاً معنوياً، بل يجوز أن يكون حيواناً، فكما يكون للإنسان حقوق كذلك اقر الإسلام لبعض الحيوانات حقوقاً. وعلى سبيل المثل من حبس حيواناً في حديقة الحيوانات أو بيته، يجب عليه تأمين مقومات استمرارية حياته من أكل وشرب وغيرهما، قال الرسول ﷺ : ((عُذبت امرأة في هرّة سجنتها حتى ماتت، فدخلت فيها النار، لا هي اطعمتها

---

[1] وهي تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملاً مباحاً ولو كان مجهولاً أو لمن يعمل له مدة ولو كانت مجهولة.
حاشية البجيرمي (الشيخ سلمان) على شرح منهج الطلاب في الفقه الشافعي ٣/١٧٠. الخرشي (محمد بن عبد الله بن علي) على مختصر سيدي خليل في الفقه المالكي ٧/٦٩.

وسقتها اذ هي حبستها، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض))[١]، وحرف (في) في هذا الحديث للتعليل أي بسبب حبسها ومنع الأكل والشرب عنها دخلت النار.
كذلك يجب على الإنسان أن لا يتعرض لحيوان لا ينفع ولا يؤذي، قال الرسول ﷺ : ((نزل نبي من الأنبياء تحت شجرة فلدغته نملة، فأمر بجهازه فاخرج من تحتها وأمر بها فأحرقت في النار، قال فأوحى الله إليه فهلا نملة واحدة))[٢] أي فهلا عاقبت نملة واحدة وهي التي لدغتك لأنها مؤذية واما غيرها فليس لها الإيذاء.
ويجب على مالك الحيوان الذي يستخدم في العمل سواء في السفر أم في الحضر، رعاية هذا الحيوان بمنحه الاستراحة الكافية المطلوبة لمنع تعريض حياته للأذى، قال الرسول ﷺ : ((فاذا سافرتم في الخصب[٣] فاعطوا الابل حظها من الأرض))[٤].

المطلب الرابع
الملتزم فيه

وهو موضوع الالتزام من حق شخصي بذمة المدين أو حق عيني يكون في حيازته، ويكون مسؤولاً عن رده إذا كان باقياً ورد بدله في حالات الهلاك أو الاستهلاك، وقد سمّاه القرآن (الأمانة) كما سبق بيان ذلك، كما سماه القانون وفقهاء القانون (محل الالتزام)، وهذه التسمية خاطئة مبنية على الخلط بين موضوع الالتزام ومحله، كما يأتي بيان ذلك.

وجملة الكلام: إن موضوع التزام كل انسان بوجه عام، هو ما يجب عليه أن يقوم به تجاه ربه ونفسه وأسرته وجاره وشريكه وبلده والمجتمع البشري بأسره، حين الإحتكاك بغيره مدى حياته. وهذا الموضوع بالنسبة للملتزم له يسمى حقاً، والحق-كما سبق تعريفه- مركز شرعي (أو قانوني) من شأنه أن ينتفع به صاحبه أو غيره.

وقد قسّم العلماء الحق إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة، فقسم علماء القانون الحقوق المالية من موضوعها إلى:

---

[١] صحيح مسلم باب تحريم تعذيب الهرة ونحوها من الحيوان الذي لا يؤذي ١٧٦٠/٤.
[٢] صحيح مسلم ١٧٥٩/٤.
[٣] وهو كثرة العشب والمراعي وضد الجرب.
[٤] صحيح مسلم ١٥٢٥/٣.

حق عيني: وهو سلطة مباشرة يعترف بها القانون لشخص معين على شيء معين بذاته، تخوله صلاحية حيازته واستغلاله واستعماله والتصرف فيه.

حق شخصي: وهو القدرة على مطالبة شخص أو أشخاص بالقيام بعمل أو امتناع عن عمل، ويسمى حق الدائنية.[1]

وإذا خصص الحق للنفع العام فهو عام وإلاّ فخاص، وإذا كان مستقلا بذاته فهو حق أصلي كالدين الذي بذمة المدين، وإلاّ فتبعي كحق الدائن المرتهن في المال المرهون. ويكون مادياً إذا أمكن إدراكه بإحدى الحواس الخمس الظاهرة، وإلا فمعنوي (أو ذهني).

وبإعتبارات أخرى للحق تقسيمات أخرى منها ثنائي: إلى مادي كحق الملكية، والمعنوي كحرية الرأي.[2] وثلاثي: شخصي كحرية التنقل، وفكري كحرية العقيدة، واقتصادي كحرية التجارة والصناعة.[3] ورباعي: إلى حقوق سياسية، ومدنية، واقتصادية، وثقافية.[4]

وقد قسم علماء أصول الفقه[5] الحقوق إلى: حقوق الله المحضة (الحقوق العامة)، وحقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة)، والحقوق المشتركة (حقوق تجمع بين النفع العام والنفع الخاص).

وقسّموا حقوق الله إلى ثمانية أقسام، وهي:

١. عبادات محضة.
٢. وعقوبات محضة.
٣. وعقوبات قاصرة كحرمان القاتل من ميراث مقتوله.
٤. وحق دائر بين المؤنة والعقوبة مثل كفارات الذنوب.
٥. ومؤنة فيها معنى العبادة كالزكاة.
٦. وعبادة فيها معنى المؤنة كزكاة الفطرة.
٧. ومؤنة فيها معنى العقوبة كالضريبة الخراجية.

---

[1] استاذنا الدكتور جميل الشرقاوي، النظرية العامة للألتزام، ص٤ ومايليها.
[2] الدكتور عثمان خليل عثمان، الإتجاهات الدستورية الحديثة، ص١١١ ومايليها.
[3] الدكتور ثروت بدوي، النظم السياسية، ص٤٠١ وما يليها.
[4] الدكتور سعيد احمد، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ص٥ وما يليها.
[5] التنقيح وشرحه التوضيح لصدر الشريعة (عبدالله بن مسعود) مع التلويح للتفتازاني (سعدالدين) ٢/٢١٥ وما يليها.

٨. وحق قائم بذاته غير متعلق بذمة أحد كحق الدولة في المعادن الفلزية واللافلزية في اراضي إقليمها.

ويرى الباحث أن التقسيمات المذكورة في القانون واصول الفقه تقسيمات غير موضوعية، لأنها غير مبنية على معايير منطقية، إضافة إلى أن بعضها متداخلة، لذا اقترح أن تقسّم الحقوق التي هي موضوع الإلتزامات باعتبار الملتزم والملتزم له إلى أربعة أقسام،[١] وهي:

١- حق الفرد على المجتمع الذي تمثله الدولة، كحق الأمن والحماية والصحة والتعليم ونحوها.

٢- حق المجتمع (الدولة) على الفرد، كحق احترام النظام العام والآداب العامة والخضوع للقانون والإخلاص في العمل وأداء الواجبات ونحوها.

٣- حق المجتمع على المجتمع، كالحقوق الدولية بين الشعوب والأمم من التعاون والتضامن والتكافل والسلم، من حيث أن الكل إخوة وأخوات، لأنهم من أب واحد وأم واحدة، كما قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[٢] ومن حيث أن الكل مخلوق من معدن واحد وهو التراب، كما قال تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنتُم بَشَرٌ تَنتَشِرُونَ﴾[٣]

٤- حق الفرد على الفرد، كالحقوق الأسرية من حق كل واحد من الزوجين على الزوج الآخر، وحق الأصول على الفروع، وحق الفروع على الأصول، وكحق الجوار، وحق الأمانة والصدق والثقة بين المتعاقدين في المعاملات المالية.[٤]

---

[١] وهذه الأقسام هي حقوق الإنسان على الإنسان، غير العبادات التي هي حقوق الله لمصلحة الإنسان.

[٢] الحجرات : ١٣

[٣] الروم : ٢٠

[٤] ينظر مؤلفنا: حقوق الإنسان وضماناتها في الإسلام. ص١٦ وما يليها.

المطلب الخامس
الملتزم به (محل الالتزام)

وهو الأداء سواء كان إيجابياً كتسليم المبيع وتسديد الدين، أو سلبياً كامتناع البائع عن التعرض المادي أو القانوني للمشتري بعد البيع وكعدم منافسته غير المشروعة.

وجدير بالذكر أن كل ما هو واجب على الإنسان يكون أداؤه ايجابياً، وكل ما هو محظور أداؤه يكون سلبياً.

وقد ساوى بعض القوانين وبعض من الفقه القانوني بين محل الالتزام وموضوع الالتزام، ومن تلك القوانين المدني العراقي في المواد (١٢٦-١٣٠) فتنص م/١٢٦ على انه: (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه، يكون قابلاً لحكمه، ويصح أن يكون مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعةً أو أي حق مالي أخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل). والصواب أن يقال (يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف اليه).

ووقع في الخلط نفسه القانون المدني المصري المواد (١٣١-١٣٥) فتنص م/١٣١ على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً)، والقانون المدني الجزائري (٩٢-٩٦) والسوري المواد (١٣٢-١٣٦) وغيرها من القوانين المتأثرة بالقانون المصري،[1] حيث ساوت هذه القوانين بين موضوع الالتزام ومحله واعتبرت محل العقد محلاً للالتزام.

واستبعدت قوانين عربية أخرى هذا الخلط، كالمدني الأردني المواد (١٥٧-١٦٤) واليمني[2] المواد (١٨٦-١٩٧) فنصت م-١٨٦ على أنه: (يلزم لكل عقد محل).

ويبدو أن مشكلة الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام، أو بين محل العقد وموضوع الالتزام، وقعت لدى شرّاح القانون المدني الفرنسي أيضاً، وانتقلت إلى أكثر القوانين المدنية العربية بالنمط نفسه[3]، وفي الفقه القانوني ورد عدم التمييز بين محل الالتزام وموضوعه في كلام

---

[1] كالمدني الليبي م١٣٢ وما يليها واللبناني م١٩١ وما بعدها.

[2] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

[3] يقول الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي (طبيعة التصرف القانوني- محاضرات دبلوم القانون الخاص في جامعة القاهرة، المطبوعة على الرونيو، الصفحة الثانية وما يليها، مشكلة المحل والسبب بين العقد والالتزام) "نصوص مجموعة نابليون المنظمة للمحل والسبب يجعل بعضها المحل من أركان العقد كالمواد من ١١٢٦-١١٢٨ ويجعله بعضها من أركان الالتزام كالمادتين ١١٢٩-١١٣٠ مع أن كل هذه النصوص وردت تحت عنوان: محل ومادة العقد".

العلامة الأستاذ السنهوري[1]، حيث قال: الالتزام يشتمل على عدة روابط أهمها أربع:

١. الالتزام بالدين محله مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية.

٢. الالتزام بالعين هو التزام محله عين معينة بالذات إلى آخره.

ويقول الأستاذ عبد الحي حجازي: ويشترط في المحل (محل الالتزام):

١. أن يكون الشيء محل الالتزام موجوداً.

٢. وأن يكون داخلاً في دائرة التعامل.

٣. وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين[2].

والخلط بين محل العقد ومحل الالتزام واضح في كلام الأستاذ الحجازي. فالشروط المذكورة إنما هي لمحل العقد دون محل الالتزام، ومن الواضح أن محل العقد هو موضـوع الالتـزام ولـيس محلاً له.

المطلب السادس
سبب الالتزام

السبب في اللغة العربية: ورد بعدة معانٍ[3] منها: الجعل، الذريعة، وما يتوصـل بـه إلى المقصود، وطريق الإيصال إلى المراد، وورد بهذا المعنى الأخير في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ[4] فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِن كُلِّ شَيْءٍ سَبَباً﴾[5].

وفي اصطلاح أصول الفقه: السبب وصف ظاهر منضبط[6] يرتب عليـه الشـارع حكمـاً يتحقق بتحققه[7] وينتفي بانتفائه.

---

[1] مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١/١٥.

[2] النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسـة مقارنـة)، للدكتور عبد الحـي حجـازي، مطبوعات جامعة الكويت: ١/٣٢٠-٣٢٢.

[3] لسان العرب فصل السين حرف الباء ١/٤٣٨.

[4] الضمير يرجع إلى ذي القرنين في الآية السابقة.

[5] سورة الكهف/ ٨٤.

[6] أي لا يختلف باختلاف الأشخاص والزمان والمكان.

[7] إذا لم يكن هناك مانع وإلا فيقدم المانع بناء على قاعدة: (إذا تعارض المـانع والمقتضـي يقدم المانع) مجلة الأحكام العدلية / م٤٦.

والمراد بسبب الالتزام في الفقه الإسلامي هو هذا المعنى الأصولي الذي نأخذ به في بحثنا هذا ويشمل جميع التصرفات القانونية والوقائع القانونية[١]، وهو نوع من أنواع الحكم الوضعي[٢] كما أن الإلزام والالتزام من أنواع الحكم التكليفي[٣]، ومن الأحكام الوضعية أن القرابة جعلت سبباً للميراث ولالتزام القريب المتمكن بالإنفاق على قريبه العاجز المعدم، وجعل القتل سبباً للقصاص، والاتلاف سبباً للتعويض، والبيع مثلاً سبباً للحقوق والالتزامات ونحو ذلك.

وقد أخطأ بعضهم[٤] في زعمه أن السبب عند الأصوليين يختلف عن سبب الالتزام، وهذا الزعم منشؤه عدم الإلمام بأبعاد السبب في الفقه الإسلامي وأصوله.

ولأهمية عنصر السبب من جهة ولزعم البعض أن الفقه الإسلامي لا يعرف السبب بالمعنى القانوني، ولكون السبب هو الموضوع الرئيس في هذا البحث، أحاول دراسة هذا العنصر بشيء من التفصيل كما في الإيضاح الآتي:

أولاً: السبب في ظل الفقه القانوني [٥]

السبب في القانون الروماني:

مرَّ السبب في ظل هذا القانون بعهدين قديم ومدرسي:

---

[١] في جمع الجوامع لابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب) وشرحه للجلال المحلي مع حاشية البناني ٩٤/١: (والسبب ما يضاف الحكم إليه لتعلق الحكم من حيث أنه معرف له، أو مؤثر فيه بذاته أو بإذن الله تعالى أو باعث عليه) بحسب الأقوال فيه وفي العلة، والأول قول الجمهور والثاني قول المعتزلة والثالث قول الغزالي والرابع قول الآمدي.

[٢] الحكم الوضعي هو مدلول خطاب الشارع المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع ذات الصلة بالإنسان من حيث جعلها سبباً لحكم أو شرطاً له أو مانعاً منه.

[٣] وهو مدلول خطاب الشارع المتعلق بتصرفات الإنسان البالغ العاقل المختار من حيث الإيجاب والاستحباب والتحريم والاستكراه والإباحة فجميع تصرفات الإنسان المكلف إما واجبة أو مندوبة أو محرمة أو مكروهه أو مباحة. والمراد بالمكلف هو الذي يكون أهلاً للتكليف.

[٤] مثل الدكتور جمال الدين محمد في كتابه: سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة): ص١٢١.

[٥] المراد بالفقه القانوني آراء فقهاء القانون واجتهاداتهم كما أن فقه الشريعة الإسلامية عبارة عن آراء فقهاء الشريعة واجتهاداتهم.

١. في العهد القديم للقانون الروماني لم يكن للسبب وجود لا للعقود ولا للالتزامات بسبب تغلب الشكلية على الإرادة.

٢. في العهد المدرسي ظهرت فكرة السبب في عقود المعاوضة على نطاق ضيق حيث تم إقراره داخل العقد دون خارجه[١] من جهة، ومن جهة أخرى كان الارتباط موجوداً بين التزامات المتعاقدين في مرحلة تكوين العقد فقط، لا في مرحلة التنفيذ، ففي هذه المرحلة كان التزام كل من العاقدين مستقلاً عن التزام الآخر[٢]، وترتب على ذلك مايلي:

أ. لم يكن لأي من العاقدين حق الدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع عن التنفيذ إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه.

ب. لم يكن هناك حق طلب فسخ العقد إذا أصر الطرف الآخر على عدم تنفيذ التزامه.

ج. لم يكن هناك إنفساخ للعقد تلقائياً وبقوة القانون في حالة استحالة التنفيذ لأحد العاقدين كما في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل تسليمه[٣]. وقد حددت ماهية السبب في هذا العهد بالنسبة للتبرعات بأنها نية التبرع ولا تزال هذه الفكرة الخاطئة هي السائدة في القانون والفقه القانوني، ومن الواضح أن تعبير التبرع (الإرادة المنفردة) هو السبب دون نيّة، كما يأتي بيان ذلك في محله.

تطور السبب في ظل القانون الكنسي[٤] :

خرج السبب من معناه الروماني الضيق إلى معناه الجديد الواسع وهو الباعث الدافع ويعود الفضل في إيجاد هذا المعنى إلى رجال الكنيسة، وهم بنوه على المبدأين التاليين:

أحدهما: أن الوفاء بالوعد واجب وأن الإخلال به خطيئة.

والثاني: العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع.

---

(١) كان هناك سبب للالتزام دون سبب العقد أي كان موجوداً من الجانب الموضوعي دون الذاتي.

(٢) ففي العقود الملزمة للجانبين كان التزام كل عاقد سببا لالتزام الآخر وكان الارتباط قائماً بينهما في مرحلة التكوين دون التنفيذ.

(٣) مصادر الحق ٤/١٠-١١.

(٤) مصادر الحق المرجع السابق، الوسيط ٤٦٨/١.

وبمقتضى هذين المبدأين ظهر سبب العقد إلى جانب سبب الالتزام، كما ظهرت فكرة بطلان عقود المعاوضة والتبرع عندما تكون بواعثها ودوافعها غير مشروعة.

السبب في ظل القانون الفرنسي القديم[١] :

تقهقر تطور السبب الذي حصل على يد الكنسيين ورجع إلى الوراء وإلى ما يقرب مما كان عليه القانون الروماني، حيث ذهب دوماً ومن حذا حذوه مثل بوتييه،[٢] إلى أن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين هو الالتزام المقابل للمتعاقد الآخر، وفي الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر وفي التبرعات نية التبرع[٣].

السبب في النظرية التقليدية:

يقول الأستاذ السنهوري في مصادر الحق[٤] نقل المدني الفرنسي[٥] نظرية السبب عن دوما وبوتييه في المواد (١١٠٨و١١٣١-١١٣٣) وصارت هذه النصوص هي الأساس الذي تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب، وقد أهمل ذكر المادة (١١٠٨)[٦] في الوسيط[٧] وقال وقد دخلت النظرية التقليدية في نصوص تقنين نابليون على النحو الآتي:

نصت المادة ١١٣١ على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع، ونصت م ١١٣٢ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو النظام العام.

---

[١] من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر. الوسيط ٤٦٣/١.
[٢] وهما فقيهان فرنسيان.
[٣] الوسيط ٤٨٦/١. مصادر الحق ١٥/٤.
[٤] ١٥/٤.
[٥] الذي يعرف بقانون نابليون الصادر عام ١٨٠٤.
[٦] التي نصت على أنه: (يشترط في صحة العقود أربعة شروط: الأول رضا الجانبين، الثاني أهليتهما للعقد، الثالث علم العاقدين بالمعقود عليه، الرابع تحقق أن العقد لغرض صحيح). تعريب رفاعة بك وعبدالله بك.
[٧] ٤٧٦/١

أنواع السبب في النظرية التقليدية:

ميزت هذه النظرية بين ثلاثة أنواع من السبب وهي:

1. **السبب المنشئ (أو السبب الإنشائي)[١]: وهو ما عدّه فقهاء القانون في البلاد العربية مصدراً للالتزام أي الذي أوجد الالتزام، لذا قالوا[٢]: السبب بهذا المعنى لا يعنينا ويجب أن نستبعده[٣]. وبناء على هذا الاتجاه أينما ورد مصطلح (السبب) في القوانين العربية وشروحها، يراد به سبب الالتزام (السبب القصدي) أو سبب العقد (الباعث الدافع).**
2. **السبب القصدي: وهو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[٤]. ويسمى السبب الفني على أساس أنه تقتضيه الضرورة الفنية بإبرام العقد[٥]. ويرى علماء القانون ان السبب بهذا المعنى هو الذي تأخذ به النظرية التقليدية وهو في حقيقته سبب الالتزام.**
3. **السبب الدافع (أو الباعث الدافع): وهو الباعث الدافع الذي دفع الملتزم إلى أن يتعاقد، ويسمى الغرض البعيد والغرض غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد، ويسمى السبب المصلحي على أساس أنه تقتضيه حماية مصلحة المجتمع. وفي رأينا المتواضع أن المصلحة التي ينسب إليها السبب الدافع ليست مصلحة المجتمع وإنما هي مصلحة خاصة بالمتعاقد نفسه.**

الموازنة بين سبب الالتزام وسبب العقد:

يتميز سبب الالتزام من سبب العقد بميزات وخصائص أهمها:

---

(١) وهو العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والإثراء بلا سبب (أو الكسب دون سبب).

(٢) منهم الأستاذ السنهوري، الوسيط ٤٧٨/١، والأستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات: ص١١٨، والأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام ٢١٧/١، والأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ٢٥٣/١ والأستاذ الدكتور سليمان مرقس، أصول الالتزامات: ص١٤٦.

(٣) أي عن سبب الالتزام وسبب العقد.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، للأستاذ الدكتور وحيد الدين سوار: ص٤٧١.

١. سبب الالتزام (السبب القصدي) لا يختلف من عاقد لآخر من نوع واحد من العقود، بخلاف الباعث النفسي، فانه يختلف باختلاف الأشخاص، بل بالنسبة إلى شخص واحد في ظرفين مختلفين[1].
٢. السبب القصدي موضوعي داخل في العقد، لأنه جزء من مجموع المعقود عليه، بخلاف الباعث الدافع، فإنه ذاتي وشخصي يبحث عنه في خارج العقد.
٣. انتفاء السبب الدافع لا أثر له في صحة العقد، بخلاف السبب القصدي فان انتفاءه يوجب انتفاء العقد أي بطلانه لبداهة انتفاء الكل بانتفاء جزئه.

السبب في عقود التبرع:

ما سبق من أن سبب الالتزام هو السبب القصدي (الغرض المباشر) إنما هو بالنسبة لعقود المعاوضة، أما السبب في عقود التبرع، فقد ذهب فقهاء القانون منذ العهد المدرسي للقانون الروماني، إلى أنه عبارة عن نية التبرع ذاتها بغض النظر عن الباعث الدافع إليها[2]، ولكن المنطق القانوني يرفض ذلك لأن النية هي صفة قائمة بشخص المتبرع وهي أمر داخلي شأنها شان الباعث الدافع في المعاوضات، بل سبب الالتزام في التبرعات هو التبرع ذاته بصفته تصرفاً قانونياً انفرادياً، يسمى في اصطلاح القانون الإرادة المنفردة، وفي اصطلاح الفقه الإسلامي يسمى التصرف الإنفرادي، والسبب الدافع للتبرع هو أمر خارجي يختلف باختلاف الأشخاص وطبيعة التبرع، فقد يكون الدافع صلة الرحم، وقد يكون رجاء الحصول على الأجر والثواب عند الله، وقد يكون الغرض دنيوياً كالشهرة والدعاية وحب الظهور، وقد يكون لغرض الحصول على مصلحة مادية ونحو ذلك.

وجوهر النظرية التقليدية انها تعتد بسبب الالتزام ولا ترى للسبب المصلحي (السبب الدافع) أثرا في وجود العقد، ما لم يكن العقد تبرعاً اقترن بشرط كان هو الباعث على التصرف، كما في الوصية أو الهبة ونحوهما، فإذا تخلف هذا الباعث يكون التبرع باطلاً، وفي

---

[1] ففي بيع السيارة مثلاً يكون الغرض المباشر للبائع هو الحصول على ثمنها وهذا لا يختلف من بائع إلى آخر أما الباعث الآخر فقد يكون شراء سيارة أخرى أو فتح محل أو شراء منزل أو معالجة مريض أو الزواج أو نحو ذلك مما لا حصر له.

[2] أصول الالتزامات، للأستاذ الدكتور سليمان مرقس: ص١٤٧.

هذه الحالات يعتبر الباعث هو السبب[1]. وبناء على ذلك إذا وهب الخطيب لخطيبته مالا لغرض إكمال الزواج، ثم عدلت هي عن الخطبة بدون مبرر، فله استرداد الموهوب لتخلف الباعث الدافع.

تعرض النظرية التقليدية للانتقادات:

والنظرية التقليدية في السبب تعرضت لانتقادات لا أجد فائدة في استعراضها ومناقشتها، واكتفي بما قاله الأستاذ بلانيول ضدها من أنها تستلزم الاستحالة المنطقية أو ما يسمى في اصطلاح فقهاء القانون المصادرة على المطلوب، لأن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر[2]، ويمكن تصوير هذا النقد بالآتي: لو توقف (أ) على (ب) و(ب) على (أ)، للزم توقف (أ) على (أ) بعد حذف المكرر في الوسط، فهو يستلزم أن يكون (أ) موجوداً قبل أن يوجد، واللازم باطل فكذلك الملزوم، بناء على القاعدة المنطقية التي تقضي بأن توقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وبالتالي يستلزم تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل وكذلك الملزوم.

ويناقش هذا الاستدلال المنطقي بأن الاستحالة المنطقية لا توجد في الأمور الاعتبارية الذهنية، وإنما تكون في الأمور الخارجية الموجودة خارج ذهن الإنسان، كأن يكون الأب سبباً لوجود ابنه، ونفس الأبن يكون سبباً لوجود أبيه. أما توقف كل من الالتزامين على الآخر فهو من الأمور الاعتبارية الذهنية القانونية، فلا تترتب على هذا التوقف وأمثاله أي استحالة منطقية.

---

[1] الأستاذ الدكتور الصدة، المرجع السابق: ص٢٠٦.

[2] الوسيط ٤٨٧/١.

النظرية الحديثة (نظرية القضاء) [1] في السبب :

مفاد هذه النظرية هو أنه يجب الاعتداد بسبب الالتزام (السبب القصدي) وسبب العقد (الباعث الدافع) معاً، لان لكل منهما وظيفة تختلف عن وظيفة الآخر، فسبب الالتزام الذي يقصد الملتزم الوصول اليه هو السبب الفني الذي يدخل في تكوين الالتزام ويعد ركناً فيه، إضافة إلى أنه جزء من المعقود عليه، في حين أن سبب العقد وظيفته دفع العاقد إلى ابرام التصرف القانوني دون أن يدخل في تكوين الالتزام.

فسبب الالتزام وظيفته فنية، بينما سبب العقد وظيفته اجتماعية، وعلى هذا الأساس يعد سبب الالتزام عنصرا موضوعياً موجوداً في صلب العقد، لا يتغير في نوع واحد من العقود، بخلاف سبب العقد، فأنه أمر شخصي خارج عن العقد ويختلف باختلاف الأشخاص[2].

السبب في القانون الإنكليزي:

استعمل هذا القانون مصطلح (الاعتبار) بدلاً من (السبب) الذي عرف بتعريفات منها أنه (ما يراد الحصول عليه ويعطى في مقابل التعهد)[3] فهذا المعنى قريب من معنى سبب الالتزام في التشريعات اللاتينية. وجدير بالذكر أن الاعتبارات ليست معتبرة في جميع التصرفات القانونية في القانون الإنكليزي، لأن هذا القانون يقسم العقد إلى ثلاثة أنواع:

١. العقود المسجلة (الأحكام والإقرارات) فهي ليست عقوداً بالمفهوم التقليدي، لأن التزامات الأحكام لا تستمد قوتها من اتفاق الطرفين أو تراضيهما، وإنما من إعلانها

---

[1] وجه تسميتها بنظرية القضاء هو أن القضاء وهو يواجه الحياة العملية – لمس القصور الموجود في نظرية السبب التقليدية فكان عليه أن يسد هذا النقص بإضافة سبب العقد إلى سبب الالتزام لأن الباعث الدافع الرئيس إلى العقد إذا كان غير مشروع يكون باطلاً كأن يكون الباعث على الهبة – مثلاً – إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة وكان الموهوب له يعلم ذلك أو كان باستطاعته ان يعلم ذلك.

[2] لمزيد من التفصيل ينظر: مصادر الالتزام، للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ٢٦٤/١وما يليها.

[3] نظرية الاعتبار في القوانين الإنكلوسكسونية، بحث منشور في مجلة القضاء الأعداد (١–٤) لسنة ١٩٨١، للأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم: ص٣١١ وما يليها.

من إحدى المحاكم المختصة، وكذا الإقرارات (أو التعهدات الرسمية) تعهدات يلتزم بها شخص نحو السلطة العامة.

٢. العقد المختوم (المصدق) وهو عقد شكلي ومختوم يستمد قوته الملزمة من الشكل الذي وضع فيه.

٣. العقد البسيط وهو الذي يستعمل في الحياة اليومية الاعتيادية بين الناس فقد يكتب ولا يختم.

فالنوع الأول والثاني لا يحتاجان إلى الاعتبار لغرض التنفيذ والحماية القانونية، بخلاف الثالث فانه يشترط لنشأته أركان معينة منها الارتباط بالقيمة المالية،[١] والاعتبار عنصر من عناصر العقد البسيط وسبب الالتزام، فالعقد البسيط لا يكون صحيحاً إلا إذا وجد فيه الاعتبار وهو الالتزام المقابل الذي يسمى السبب القصدي أو الغرض المباشر[٢].

السبب في النظرية الإيطالية:

مفاد هذه النظرية هو أن السبب في عقود المعاوضة عبارة عن وظيفة التصرف القانوني، وبتعبير آخر هو الغرض الاقتصادي الذي يعترف به القانون ويحميه، وعلى سبيل المثل سبب الالتزام في البيع هو تبادل المتعاقدين بالمنافع الاقتصادية القانونية المتقابلة، بغض النظر عن الدوافع والأغراض النفسية الداخلية المحتملة والمتغيرة التي تدفع الطرفين إلى هذا التبادل المادي،[٣] والسبب في عقود التبرع نية التبرع، وعلى سبيل المثل السبب في الهبة هو النية القاطعة في التخلي عن مال خاص بلا مقابل بقصد التبرع للموهوب له، بغض النظر عن الباعث الداخلي الذي أوصى بهذا التخلي المالي المجاني[٤].

---

[١] المرجع السابق: ص٢٨٣–٢٨٤.

[٢] المرجع السابق: ص٢٨٤ وما يليها. وسبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة) للأستاذ الدكتور جمال الدين محمد: ص٨١ وما يليها.

[٣] ينظر التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، للأستاذ الدكتور وحيد الدين سوار: ص٤٧٧ وما يليها.

[٤] المرجع السابق: ص٤٨٩.

الموازنة بين النظريتين الإيطالية والفرنسية:

تلتقيان من بعض الأوجه منها:

١. كلتا النظريتين تميز سبب الالتزام من سبب العقد.

٢. سبب الالتزام في كلتيهما موضوعي لا يتغير من نوع واحد من التصرف القانوني.

وتختلفان في الأوجه التالية:

١. سبب الالتزام في الفرنسية هو الغرض المباشر أو الالتزام المقابل، فهو أمر متعلق بالإرادة الخاصة، بينما النظرية الإيطالية تستبعد العلاقة بين السبب والإرادة، لأن السبب فيها هو الغرض الاقتصادي القانوني منفصلاً عن إرادة الشخص الذي يبرم العقد.

٢. يفترض وجود سبب الالتزام قائماً في العقود المسماة، لأن تنظيمها القانوني قرينة على ذلك، بخلاف العقود غير المسماة. لذا أكد المشرع الإيطالي ضرورة توفر الوظيفة الاقتصادية الاجتماعية في العقود غير المسماة حتى تكون مشمولة بالحماية القانونية كما نصّت م١٣٢٢ من المدني الإيطالي[1] على أن: (للمتعاقدين إنشاء عقود لم ينصّ عليها في القانون، بشرط أن تتحقق بها مصالح تستحق الحماية بحسب قواعد النظام القانوني الإيطالي)[2]. والمفهوم المخالف لهذا النص هو أن القانون الإيطالي لا يمكن أن يبسط حمايته على العقود غير المسماة، ما لم تثبت وظيفتها الاقتصادية الاجتماعية، بغض النظر عن بواعث إنشائها.

كما أن منطوق النص هو أن كل عقد من العقود المسماة يفترض فيه وجود سبب الالتزام وأن لم يصرح به وهذا الفرق بين العقود المسماة وغير المسماة لم تشر إليه النصوص القانونية المتأثرة بالتشريعات اللاتينية حسب ما أعلم.

السبب في القانون المدني الألماني:

ليس للسبب في هذا القانون وجود مستقل عن التعبير فلا يعتد به ما لم يكن جزءاً منه، وهذه التبعية من مظاهر النزعة الموضوعية لهذا القانون، فلا يعتد بالسبب ما لم يتضمنه

---

[1] في سنة ١٩٤٢ النافذ والقائم حالياً.

[2] منقول من المرجع السابق. سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي: ص٦٩.

التعبير. وبناء على ذلك لا فرق بين سبب الالتزام وسبب العقد من حيث الأثر في صحة العقد والالتزامات المترتبة عليه، رغم اختلافهما في الطبيعة والماهية، ومن هذا المنطلق ذهب الأستاذ السنهوري[١] الى أن الإرادة في القانون الألماني عبارة عن التعبير نفسه.

وجدير بالذكر أن فقهاء القانون في البلاد العربية – حسب ما أعلم – لم يتطرقوا لسبب الالتزام في القانون الألماني، وإنما ركزوا على سبب العقد (الباعث الدافع) من حيث عدم تأثيره في العقد والتزاماته، ما لم يتضمنه التعبير صراحة، ولو كان غير مشروع وعلم الطرف الآخر بذلك، وهذه النزعة مطابقة لنزعة الفقه الشافعي كما يأتي.

موقف القوانين المدنية الحديثة للبلاد العربية من السبب:

عالجت هذه القوانين سبب الالتزام وسبب العقد، إضافة إلى اعتبار السبب المنشئ مصدراً للالتزام، ومن هذه القوانين: المدني العراقي[٢] الذي نص في م ١٣٢ على الآتي:

١. يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو للآداب.
٢. ويفترض حتماً في كل التزام أن له سبباً مشروعاً، ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.
٣. أما إذا ذكر السبب في العقد فيعتبر أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

ويقاربه: المدني المصري[٣]/م١٣٦ وم١٣٧[٤] والسوري[٥]/م١٣٧ و١٣٨ والليبيي/م١٣٦ والجزائري[٦]/م٩٧ و٩٨ وقانون الالتزامات والعقود المغربي[٧]/الفصل ٦٢-الفصل ٦٥ والموريتاني[١]/م٨٢-٨٥ واليمني[٢]م١٩٩.

---

[١] مصادر الحق ٤/٤١.

[٢] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٣] رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

[٤] غير أن المدني المصري زاد في م١٣٧ ما يلي: (فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه).

[٥] الصادر في ١٨/٥/١٩٤٩.

[٦] الصادر في ٢٦/٩/١٩٧٥.

[٧] الصادر في ١٤/٦/١٩٨٦.

وقد نصَّ الأردني[٢]/م١٦٥ صراحة على أن السبب هـو الغـرض المباشـر المقصـود مـن العقد ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العـام والآداب، أي نـصَّ على سبب الالتزام دون سبب العقد، واقتصر المدني القطـري[٤]/م٣٥ للمـدني علـى سـبب التعاقد (الباعث الدافع) فقط، وفرّق اللبناني[٥]/م١٩٤ صراحة بين سبب الالتـزام وسـبب التعاقد وكذلك الكويتي[٦]/م١٧٦.

اختلاف فقهاء القانون في تحديد المراد بالسبب في هذه النصوص المطلقة :

اختلف فقهاء القانون في مصر وفي العراق وغيرهما في تحديـد المعنـى المـراد بالسـبب في النصوص القانونية المذكورة التي لم تبين هذا المراد، بل وردت مطلقة كالآتي:

١. ذهب بعض الفقهاء إلى أن المراد بالسبب في المـدني المصـري ومـا يطابقـه مـن القــوانين الأخـرى هــو الباعــث إلى التعاقــد، وفي مقدمــة هــؤلاء الأســتاذ السنهوري[٧]، حيث يقول في شرح م١٣٦ من المدني المصري الجديد ما خلاصـته: لم يصرح التقنين الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذي يقصده من (السـبب)، ولكن لاشك في أنه يعتنق النظرية الحديثة وينبذ النظرية التقليديـة... فالسـبب إذن في التقنين الجديد هو الباعث الدافع إلى التعاقد، لا مجرد الغـرض المباشـر المقصود في العقد وهو أمر نفسي خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث[٨].

---

[١] لسنة ١٩٨٩.

[٢] رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

[٣] رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٦.

[٤] رقم ١٦ لسنة ١٩٧١.

[٥] النافذ القائم نقلاً عن الأستاذ الدكتور الصدة، هامش ٣ مصادر الالتزام: ص٢٦٦.

[٦] رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ نص م١٧٦:

(١. يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع

٢. ويعتد في السبب بالباعث المستحث الذي يـدفع المتعاقـد إلى التعاقـد إذا كـان المتعاقـد الأخر يعلم أو كان ينبغي أن يعلم).

[٧] وهو ترأس لجنة وضع مشروع المـدني المصـري والعراقـي، علمـاً بـأن أكثـر القـوانين المدنيـة العربية الحديثة متأثرة بالقانون المدني المصري الحالي.

[٨] الوسيط ١/٥١٤ – ٥١٥ فقرة ٢٨٩ مصادر الحق ٤/٢٨.

٢. ويرى بعضهم ان المراد بالسبب في التقنين المصري الجديد ومن حذا حذوه من مشرعي القوانين المدنية العربية الأخرى، هو سبب الالتزام (السبب القصدي أو الغرض المباشر)، وبهذا الاتجاه أخذت محكمة التمييز في العراق وقد قضت[١] بأنه: (إذا ذكر في سند الكمبيالة أن المبلغ هو عوض عن بيع حصة في بستان، فلا يجوز الحكم بالمبلغ إلا إذا تبين أن الحصة المبيعة قد سجلت في دائرة الطابو، وذلك لكي يكون للالتزام سبب ويكون دفع البدل واجباً، وإلا ردت الدعوى، لأن الالتزام يكون حينئذ بدون سبب فهو باطل)، وسبب العقد (الباعث الدافع إلى التعاقد) معاً.

ومن هذا البعض الأستاذ الصدة حيث يقول[٢]: يتبين من نص م١٣٦ أن السبب يشترط فيه شرطان:

الأول: أن يكون موجوداً، وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وهو الغرض المباشر يقصد إليه الملتزم من وراء التزامه ولا يتعلق بسبب العقد (الباعث الدافع)[٣].

والثاني: أن يكون مشروعاً، وهذا الشرط يتعلق بسبب الالتزام وسبب العقد معاً، وهو مطلوب في سبب العقد، مع ملاحظة أن الباعث غير المشروع لا يؤدي إلى بطلان التصرف، ما لم يعلم به الطرف الآخر الذي لم يقم لديه هذا الباعث، غير أن هذا العلم لا يشترط إلا في حالة ما إذا كان الذي يتمسك بالبطلان هو الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع.

٣. ومنهم من وقع في الخلط بين تفسير النصين المصريين (م١٣٦و م١٣٧)، كالأستاذ

---

[١] في ١/١٢/١٩٦٤ قضاء محكمة التمييز المجلد الثاني: ص٦٧.

[٢] مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصدة: ص٢٦٦ وما يليها فقرة ٢٣٢ تحت عنوان القانون الحالي (أي المدني المصري الجديد) يقصد بالسبب سبب الالتزام وسبب العقد.
ومنهم الأستاذ مرقس (أصول الالتزامات ص١٩١ — ١٩٢) حيث قال: (وجد القضاء في النظرية التقليدية للسبب قصوراً اضطر إلى علاجه عن طريق توسيع فكرة السبب ذاته، لأن النظرية التقليدية لا تؤدي إلى بطلان عقد البيع مثلاً، إذا كان غرض المشتري من شراء المنزل المبيع إعداده للدعارة أو لعب القمار، لأن محل التزام كل من البائع والمشتري مشروع وكذلك سبب التزام كل منهما، مع ان شعور المجتمع يتطلب اعتبار مثل هذا العقد باطلا).

[٣] لأن انتفاء سبب العقد لا يوجب بطلانه.

الشرقاوي[1] حيث خلط بين المحل والسبب، كما خلط بين سبب الالتزام وسبب التعاقد. والراجح بل الصائب هو ما ذهب إليه الاتجاه الثاني، من أن صياغة نصوص القوانين العربية الحديثة التي عالجت السبب بصورة مطلقة، تدل بوضوح على أن السبب الوارد يشمل سبب الالتزام وسبب التعاقد، لأن النظرية الحديثة تسمى نظرية القضاء، والقضاء يعتد بالسببين معاً. وأن ما جاء في أغلبية التطبيقات القضائية في خصوص الباعث غير المشروع، لأن حالات تخلف سبب الالتزام أو عدم مشروعيته قليلة في الحياة العملية، ولأن عبارة: (إذا لم يكن للالتزام سبب) في م١٣٦ صريحة في أن المراد بالسبب هو الغرض المباشر (السبب القصدي)، وإلا فكيف يلتزم الإنسان البالغ العاقل بدون باعث دافع. وهذا واضح أكثر في م١٣٢ العراقي: (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب). وكذلك عبارة: (ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي) في م١٣٧ المصري، فهي واضحة وضوحاً لا يقبل الشك في أن المراد في هذا السبب هو سبب الالتزام (الغرض المباشر).

السبب في الفقه الإسلامي:

عرَّف الفقه الإسلامي السبب بأنواعه الثلاثة (المنشئ والقصدي والباعث الدافع) قبل القانون بمئات السنين، كما في الإيضاح الآتي:

النوع الأول: السبب المنشئ، وهو نوع من أنواع الحكم الوضعي، لأن الحكم الوضعي مدلول خطاب الشارع المتعلق بتصرفات الإنسان أو الوقائع من حيث جعلها سبباً او شرطاً أو مانعاً[2]، كالقرابة جعلت سبباً للميراث ولالتزام القريب المتمكن بالإنفاق على قريبه العاجز عن العمل المعدم، وكالعقل جعل شرطاً للمسؤولية الجنائية ولصحة التصرفات القانونية، وكالجنون جعل مانعاً من المسؤولية الجنائية، ومن صحة التصرفات الصادرة من المجنون.

---

[1] الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي في كتابه النظرية العامة للالتزام– الكتاب الأول، مصادر الالتزام: ص١٩١–١٩٤، من يهمه التفصيل فليراجع هذا المرجع.

[2] فمن يهمه تفصيل هذا الموضوع فليراجع مؤلفنا أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد (الطبعة التاسعة، ٢/٢٣٦ وما يليها).

وعرَّف علماء أصول الفقه السبب بأنه وصف ظاهر منضبط يرتب عليه الشارع حكماً[١] يتحقق بتحققه وينتفي بانتفائه[٢].

النوع الثاني: السبب القصدي (أو الغرض المباشر)، وقد استعمله فقهاء الشريعة بتعبير (المقصود)[٣] أو (الفائدة) أو (المقصد)،[٤] وعرّفوه بأنه الغرض الذي يرمي المتعاقد من وراء التزامه الحصول عليه. واشترط فقهاء الشريعة أن يكون للالتزام سبب موجود ومشروع ومعلوم، وهناك تطبيقات فقهية في المذاهب الفقهية الإسلامية كافة لبطلان العقد لعدم وجود السبب أو عدم مشروعيته أو عدم معلوميته[٥].

---

(١) ما لم يوجد هناك مانع.

(٢) وقد سبق تفصيل هذا في بداية الموضوع.

(٣) في الفروق للقرافي (أحمد بن ادريس المالكي) القاعدة (١٦٥) ١٧١/٣: (كل سبب لايحصل مقصوده لا يشرع). وفي قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعلامة عز الدين بن عبد السلام ١٢١/٢: (كل تصرف تباعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل).
فورد الكلام نفسه في الأشباه والنظائر في الفروع للسيوطي (جلال الدين بن عبد الرحمن) الشافعي: ص١٣٢.

(٤) في مرشد الحيران (م٣٠٥) للمرحوم الأستاذ محمد قدري باشا: (يلزم أن يكون في العقد فائدة لعاقديه وأن يكون مقصوداً شرعياً وكل عقد لا فائدة فيه للعاقدين فهو فاسد وكذلك العقد الذي قصد به مقصد غير شرعي).

(٥) من هذه التطبيقات ما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي (عثمان بن علي) الحنفي ٦٢/٢-٦٣: (إذا التزمت الزوجة لزوجها بشيء، إذا أذن لها بالحج فانه التزام باطل، لأن أداء فريضة الحج واجب عليها، وعلى زوجها أن لا يمنعها بدون عذر، فإن منعها لكي تلتزم له بشيء كان التزاما باطلا). وفي جامع الفصولين للعلامة محمود بن إسماعيل الشهير بابن قاضي سماونة ٢٤٨/١: (إذا استأجر زوجته لتخبز له خبزاً للأكل لم يجز، لأنه واجب عليها ديانة وللبيع جائز)، لأنه غير واجب عليها. وفي البدائع ٢٦٠٤/٦: (ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز، لأن خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله). وفي تحرير الكلام في مسائل الالتزامات للحطاب المالكي ص٤٥: (ولو قال إن جئتني ببعيري الشارد أو متاعي الضائع فلك عندي كذا، وكان البعير أو المتاع عنده أو يعلم مكانه، فأن ذلك غير لازم على الملتزم ولا يحكم عليه به، ورد ذلك واجب عليه، وكذا الإعلام بموضعه، لأن من شروط الجعل أن لا يكون مما يلزم المجعول عليه).
فهذه التطبيقات كلها أمثلة لحالات عدم وجود الالتزام بعدم وجود السبب. وبالنسبة لمعلومية سبب الالتزام يقول الكاساني البدائع ٣٠٣٧/٦: (يشترط أن يكون المبيع معلوماً وثمنه معلوماً علما يمنع من المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع).

النوع الثالث: السبب الدافع (أو الباعث الدافع) الباعث الدافع إلى التصرف أو ما يسمى الغرض البعيد، إضافة إلى معالجته للتطبيقات الفقهية اهتم بدراسته علماء أصول الفقه في بحث الذرائع فتحها وسدها، وقسموا الذرائع من حيث المشروعية وعدمها إلى أربعة أقسام:

١. **الذريعة (الوسيلة) والغاية (الباعث الدافع) مشروعتان، كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض التفوق العلمي، فيجب فتح هذه الذريعة.**
٢. **كلتاهما غير مشروعة، كصنع أسلحة الدمار الشامل لغرض الاعتداء، فيجب سد هذه الذريعة.**
٣. **الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة، كالهبة لامرأة بقصد بناء العلاقة غير المشروعة معها، فيجب الحكم ببطلانها.**
٤. **الوسيلة غير المشروعة في حد ذاتها لكن غايتها مشروعة، كقتل المعتدي دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال، فيجب فتحها رغم عدم مشروعية الفعل المستخدم في الدفاع في حد ذاته.**

أثر الباعث الدافع غير المشروع في التصرف:

لفقهاء الشريعة الإسلامية ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: الذي تزعمه فقهاء المالكية[1] والحنابلة[2]، هو أن التصرف الذي يكون باعثه

---

[1] في الفروق (٣٢/٢) للعلامة القرافي (احمد بن ادريس) المالكي تحت عنوان الفرق الثامن والخمسون بين قاعدة المقاصد وقاعدة الوسائل: (فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور).
ثم يأتي بمثال فيقول: (كبيوع الآجال عندنا، فمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها (أي من المشتري) بخمسة قبل الشهر، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى آجل توسلاً بإظهار صورة البيع)، أي قصد القرض الربوي في صورة البيع والشراء.

[2] في إعلام الموقعين (١١١/٣) لابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر) من كبار فقهاء الحنابلة تحت عنوان العمل تابع للنية: (فالنية روح العمل وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها والنبيﷺ قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى)) فبين في الجملة الأولى ان العمل لا يصح إلا بالنية ولهذا لا يكون عمل إلا بنيته. ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وهذا يعم العبادات والمعاملات والإيمان والنذور وسائر العقود والأفعال).

الدافع غير مشروع باطل إذا علم به الطرف الآخر أو كان باستطاعته ان يعلم ذلك، سواء ذكر في صلب العقد أو لا، وهذا الاتجاه يتفق معه الاتجاه السائد في التشريعات اللاتينية.

الاتجاه الثاني- أن الباعث الدافع لا أثر له في التصرف ما لم يصرح به في هذا التصرف وبعبارة أخرى ما لم يكن جزءاً من التعبير وهذا ما تزعمه الشافعي[1]، ويتفق معه القانون الألماني والتشريعات المتأثرة به[2].

الاتجاه الثالث- هو الاتجاه الوسط بين الاتجاهين المذكورين، فالباعث الدافع غير المشروع له الأثر في صحة التصرف، إذا كان جزءاً من التعبير أو كانت هناك قرينة تدل عليه رغم عدم التصريح به في التعبير، كدلالة طبيعة محل العقد على السبب واستخلاصه منها، وقد تزعمه فقهاء الحنفية[3]. فهذا الاتجاه أوسع من اتجاه الشافعية لأنهم يكتفون بوجود قرينة على الباعث الدافع وأن لم يكن جزءاً من التعبير، وأضيق من

---

[1] في كتاب الأم الشافعي (رحمه الله) ٦٥/٣: (أصل ما أذهب إليه ان كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة من العاقدين وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه ان يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً، لأنه قد لا يقتل به، ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما اكره ان يبيع الرجل العنب ممن يراه انه يعصره خمرا، ولا افسد عليه هذا البيع إذا باعه إياه، لأنه باعه حلالاً وقد يمكن أن لا يجعله خمراً، وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً. لو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي الا يمسها إلا يوماً أو أقل او أكثر لم أفسد النكاح).

[2] يقول الأستاذ السنهوري مصادر الحق ١٩/٤ تحت عنوان مشروعية السبب في القانون الألماني: (فلا يصح الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير، حتى لو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر).

[3] من تطبيقات ذكر السبب صراحة في التعبير ما جاء في البدائع (٣٠٧٢/٧) من أنه (لو اشترى قمرية على أنها تصوت، أو كبشاً على أنه نطاح، أو ديكاً على انه مقاتل، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن محمد، لأن هذه صفات يتلهى بها عادة، والتلهي محظور، فوجب فساد البيع). ومن تطبيقات دلالة طبيعة المحل على السبب رغم عدم ذكره، صراحة ما جاء في المرجع نفسه من أن بيع آلات الملاهي لا ينعقد عند محمد وأبي يوسف، لأنها معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد.

اتجاه المالكية والحنابلة الذاهب إلى الاعتداد بالسبب مطلقاً شريطة أن يعلم به الطرف الآخر.

الاستنتاج :

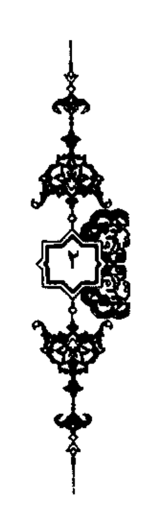
يستنتج مما استعرضناه في صدد سبب الالتزام نتائج، يمكن تلخيصها في الآتي:

١. عرَّف الفقه الإسلامي قبل القانون بمئات السنين الأنواع الثلاثة للسبب التي أقرتها النظرية التقليدية اللاتينية المبنية على القانون المدني الفرنسي الصادر ١٨٠٤م والنظرية الحديثة، والقولُ بأن هذا الفقه لا يعرف السبب بالمعنى القانوني -لأن ترتب الحكم المسبب في هذا الفقه يكون بجعل الشارع- معارضٌ بأن الأمر كذلك في القانون، فدور الإنسان يقتصر على مباشرة السبب، فأما ترتب المسبب (الآثار) عليه فأنه يكون بحكم المشرع (أو القانون).
٢. أن النظرية الحديثة ليست مستقلة عن التقليدية وإنما هي مكملة لها.
٣. النصوص القانونية العربية الحديثة الخاصة بالسبب، تحتمل السبب بنوعيه: سبب الالتزام (الغرض المباشر) وسبب التعاقد (الباعث الدافع).
٤. سبب الالتزام في التصرفات القانونية هو التصرف نفسه (العقد أو الإرادة المنفردة) وليس الغرض المباشر، لأن الأخير جزء من التصرف، وبتعبير أدق جزء من المعقود عليه، فكل جزء لا يكون سبباً ما لم يرتبط بالجزء الآخر، وبعد الارتباط نحن نكون أمام سبب تام مكون من الجزئين الذي يسمى العقد. وفي عقود التبرع السبب هو تعبير التبرع (الإرادة المنفردة) دون نيته.
٥. سبب التعاقد (الباعث الدافع) مقدم في التصور ومؤخر في الوجود والتحقق، فهو غرض من حيث التصور وغاية من حيث التحقق.
٦. أساس الالتزام في عقود المعاوضة هو ما يسمى سبب الالتزام (الغرض المباشر)، كما أن أساس الالتزام في عقود التبرع هو ما يقصد المتبرع تحققه من تقرب إلى الله أو صلة رحم أو رد جميل أو كسب شهرة أو دعاية أو حب ظهور او نحو ذلك، أما سببه فهو تعبير التبرع (الإرادة المنفردة)، والقول بأنه نية التبرع يأباه المنطق القانوني.
٧. القول بأن عناصر الالتزام ثلاثة وهي المحل والرضا والسبب يرفضه المنطق القانوني لأسباب كثيرة منها:

أ. عناصر كل تصرف (أو مصطلح) ما يتوقف عليه من أركان وشروط، وبناء على ذلك فأن عناصر الالتزام ستة.

ب. الرضا الذي جعل من عناصر الالتزام هو من شروط الملتزم إذا كان سبب التزامه تصرفاً قانونياً إرادياً، فالالتزامات الناشئة عن الوقائع والأمور اللاإرادية لا تحتاج إلى رضاء الملتزم كما هو واضح.

ج. فيه الخلط بين عناصر الالتزام وعناصر العقد.



الفصل الثاني

الالتزام برد غير المستحق على أساس انعدام السبب



التمهيد

التعريف برد غير المستحق

عولج هذا الموضوع في باب الإثراء بلا سبب تحت عناوين مختلفة منها:

١. دفع غير المستحق[١].
٢. المدفوع دون حق[٢].
٣. قبض غير المستحق[٣].
٤. دفع ما لا يجب[٤].
٥. إيفاء ما لا يجب[٥]. ونحو ذلك.

وأدق تعبير في هذا المقام هو (القبض غير المستحق) لأوجه كثيرة، منها:

١. ملاءمته للعنوان الرئيس وهو الإثراء بلا سبب أو الكسب دون سبب، وهما من صفات المدين كقبض غير المستحق.
٢. الالتزام ينشأ في ذمة من قبض غير المستحق لا في ذمة من دفعه.
٣. الدفع فعل الدائن والالتزام صفة المدين ولا يمكن شرعا وقانونا وعرفا ان يلزم الإنسان بفعل الغير[٦] (دفع غير المستحق)، وإنما يلزم بفعل نفسه (قبض غير المستحق).

---

[١] من الاساتذة الذين استعملوه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ١/١٣٤٠.
والاستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٦٠٢
والدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام ١/٢٩٩.
ومن القوانين : المدني المصري /م١٨١.

[٢] من الاساتذة الذين استعملوه:
الاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات: ص٣٢٤ وما يليها.
ومن القوانين: القانون المدني العراقي م٢٩٢ وما يليها.

[٣] من الذين اختاروه الدكتور سليمان مرقس، أصول الالتزامات.
ومن القوانين المدني الاردني م٢٩٦ وما يليها، والمدني الفرنسي م١٣٧٦.

[٤] المدني الموريتاني م٨٨ وما يليها.

[٥] التقنين اللبناني للموجبات والعقود م١٤٣ وما يليها.

[٦] إلاّ في الحالات الاستثنائية التي نصَّ عليها القانون.

٤. القبض مصدر الالتزام دون الدفع لأنه من تطبيقات الكسب دون السبب (او الإثراء بلا سبب).
٥. القبض غير المستحق هو التعبير المنسجم مع ما جاء في النصوص القانونية، كما في م ١٣٧٦من المدني الفرنسي: (من قبض شيئا لا يستحقه وجب عليه أن يرده لمن أخذه منه بدون حق)، وم١٨١ من المدني المصري: (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده)، وغيرهما من القوانين الأخرى.

والمُستحَق[(١)] اسم مفعول فهو في الحقيقة صفة للمدفوع أو المقبوض ونسبته إلى الدفع أو القبض إنما تكون على سبيل المجاز إذا لم يقصد بهما المصدر بمعنى المفعول.

وهو من مشتقات الاستحقاق ومن باب استفعل الذي يأتي بعدة معان منها: الطلب[(٢)] والصيرورة (التحول)[(٣)] والسؤال[(٤)] والمطاوعة[(٥)] وعد الشيء متصفا بصفة[(٦)] والاستسلام والخضوع للواقع[(٧)] والاعتقاد[(٨)] واخذ الحق[(٩)].

والمعنى المناسب من هذه المعاني اللغوية لمعناه الاصطلاحي هو العد والصيرورة، يقال المال مستحق بالنسبة إلى (أ) إذا عد حقاً له أو صار حقاً له وغير مستحق بالنسبة إلى (ب) إذا لم يعد حقاً له أو لم يصر حقاً له.

والمستحق وغير المستحق أمران متقابلان والتقابل بينهما بالإيجاب والسلب[(١)] وغير المستحق في القانون هو الذي يكون الوفاء به قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو زال بعد

(١) بفتح التاء اسم مفعول، اما بكسر التاء فهو اسم فاعل ويستعمل للدائن.
(٢) مثل استجوبه أي طلب جوابه، واستنطقه: طلب نطقه، واستخرجه: طلب خروجه، استعطفه: طلب عفوه واستغفره: طلب مغفرته.
(٣) مثل استحجر: الطين إذا صار حجرا.
(٤) مثل استخبر: أي سال الخبر.
(٥) أي لما هو من باب افعل فيقال: ايقظته فاستيقظ.
(٦) مثل استسمن الغنم: أي عدّه سمينا.
(٧) يقال: استرجع فلان عند مصيبته اذا قال: انا لله وانا اليه لراجعون.
(٨) يقال: استكرمت خالدا أي اعتقدت انه كريم.
(٩) يقال: استوفى الدائن دينه أي اخذه وقبضه.
ينظر: حاشية الصبان على الاشموني على الفية ابن مالك، ١٣٠٥هـ: ٤/١٩٧.

التحقق او تحقق ولم يزل ولكن لم يحل أجله، كما يطلق غير المستحق على ما ظهر كونه حقاً واجباً للغير[٢] او رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله[٣].

أساس الالتزام برد غير المستحق :

يخلط الكثير بين الاساس والمصدر،[٤] أو بينه وبين العنصر، بينما الأساس هو العلة أو الحكمة أو الفلسفة[٥].

وبناء على ما ذكرنا فإن أساس الالتزام برد غير المستحق هو عدم وجود سبب مشروع للمقبوض.

مصدر الالتزام برد غير المستحق :

أختلف فقهاء القانون في تحديد هذا المصدر، فمنهم من قال هو القبض غير المستحق، ومنهم من قال هو دفع غير المستحق، كما سبق بيان ذلك، وبيّنا ان التعبير الدقيق هو القبض غير المستحق أو الكسب دون سبب، كما في المدني العراقي، أو الاثراء بلا سبب، كما في المدني المصري والقوانين المتأثرة به.

---

[١] والتقابل قد يكون بالتضاد كالبياض والسواد، وقد يكون بالعدم والملكة كالعمى والبصر والعلم والجهل فلا يستعمل العمى الا لشيء من شأنه ان يكون له البصر كما لا يستعمل الجهل الا لقابل العلم.

[٢] ورد في رد المحتار لابن عابدين (محمد امين) على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ط/١٩٦٦ ٥/١٩٠–١٩١ : (الاستحقاق هو طلب الحق لان السين والتاء في باب الاستفعال للطلب – وفي المصباح: استحق فلان الامر: استوجبه. ومعناه الشرعي موافق لمعناه اللغوي وهو ظهور كون الشيء حقا واجبا للغير).

[٣] وفي الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي في الفقه المالكي ٢/٢٠٢: (الاستحقاق هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله وحكمه الوجوب (أي الالتزام بالرد) اذا توافرت شروطه).

[٤] فيقال: أساس هذا الحق هو القانون، بينما القانون مصدر، كما يقال: أساس المسؤولية التقصيرية هو الخطأ أو الضرر، في حين أنهما من عناصر هذه المسؤولية.

[٥] فهذه الالفاظ الثلاثة مترادفة.

وبيّنا أن المنطق القانوني يقضي بأن مصدر كل التزام هو القانون او الشرع، لأن الالتزام من الاحكام التكليفية، والحكم التكليفي لا يكون إلا من السلطة التشريعية، فالمصدر بالنسبة للالتزامات القانونية هو القانون وبالنسبة للالتزامات الشرعية هو الشرع.

ومصدر الالتزام برد غير المستحق في الشريعة الاسلامية هو القرآن، كما في قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[1] وقوله تعالى ﴿إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[2].

وتؤكده السنة النبوية كما في قول الرسول ﷺ : ((على اليد ما اخذت حتى تؤديه))[3] فاليد في هذا الحديث يشمل يد الامانة[4] ويد الضمان[5].

التطور التاريخي لحق استرداد غير المستحق والالتزام برده:

مرت هذه الفكرة بتطورات ومراحل يمكن تلخيصها في الآتي:

أ – في القانون الروماني:

ظهرت فكرة استرداد غير المستحق والالتزام برده في القانون الروماني على اساس العدالة ورعايتها في القروض التي يوجد فيها مانع يحول دون استعمال المقرض دعوى الاستحقاق وهي دعوى عينية لاسترداد قيمة القرض، فمنح المقرض لهذا الغرض دعوى شخصية مجردة (أي لا حاجة فيها الى ذكر سببها).

ثم منح مثل هذه الدعوى لكل من يدفع دينا لم يكن في ذمته، معتقدا انه مدين به للموفى له. ووصف التزام القابض في هذه الحالة بأنه التزام يشبه الالتزام الناشيء عن عقد، ثم توسعت دعوى استرداد غير المستحق في عهد جستنيان لتشمل الدعاوي الآتية:

١- دعوى استرداد المدفوع للغير لغرض الحصول على مقابله، فلم يحصل هذا الغرض[1].

---

(١) سورة النساء /٢٩

(٢) سورة النساء /٥٨

(٣) رواه احمد في مسنده٥/٨ و١٢ من حديث سمرة بن جندب. وابن ماجة في سننه ٨٠٢/٢ باب العارية. والحاكم في مستدركه ٥٥/٢ برقم ٢٣٠٢.

(٤) كيد المستعير او المستأجر فيجب رد المعار والمؤجر بعد انتهاء مدة الإعارة والإجارة.

(٥) كيد الغاصب فيجب عليه رد المغصوب اذا كان باقيا ورد بدله من مثل اذا كان مثليا او قيمته اذا كان قيميا او كان مثليا وانقطع في ايدي الناس.

٢- دعوى استرداد المدفوع للغير تنفيذا لالتزام كان سببه منافياً للآداب[٢].
٣- دعوى استرداد المدفوع المؤدي الى اثراء مخالف للقانون[٣].
٤- دعوى استرداد مدفوع لسبب موهوم او سبب كان ينتظر تحققه ثم تخلف او زال بعد الوجود[٤].

ب – في القانون المدني الفرنسي (القديم والحديث):

ورث القانون المدني الفرنسي القديم عن القانون الروماني بعض دعاوي استرداد ما دفع دون حق واستمرت حتى عصر دوما[١]، ثم نتيجة ظهور مبدأ سلطان الارادة في القرون الوسطى على ايدي الكنسيين اصبح السبب ركنا معتبرا في العقود، فتعين التزام كل من العاقدين في العقود الملزمة للجانبين برد ما حصل عليه بمقتضى عقد وقع باطلا[٢]، وبالتالي تضاءلت اهمية دعاوي استرداد ما دفع دون حق، ولذلك لم يفسح واضعو تقنين نابليون لدعاوي استرداد ما دفع دون حق، الا مجالاً ضئيلاً، حيث اكتفوا بالنص في م/١٢٣٥/١[٣] على ان: (كل وفاء يستلزم وجود دين، وكل ما دفع من غير ان يكون لوفاء دين فهو قابل للرد). وفي م/١٣٧٦: (من قبض شيئا لا يستحقه وجب عليه ان يرده لمن اخذه منه بدون حق). ثم عالجوا احكام هذا الالتزام في المواد (١٣٧٧-١٣٨١)[٤] دون النص على المبدأ العام: (مبدأ عدم جواز الاثراء على حساب الغير ودون ايجاد صلة بين هذا المبدأ واحكام دفع ما لا يجب)[٥].

---

[١] كتنفيذ احد العاقدين التزامه في حالة استحالة تنفيذ التزام الطرف الاخر.
[٢] كدفع مال للسارق مقابل رد المسروق للمسروق منه لان الرد واجب عليه.
[٣] كما في دعوى استرداد فوائد تجاوز القدر الجائز قانونا.
[٤] الاثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية، للاستاذ مرقس: ١/٥-٧.
الاثراء بلا سبب على حساب الغير كمصدر للالتزام في القانون المدني المصري، للاستاذ الشرقاوي: ص٢٢-٢٣.
[٥] أي الى اوائل القرن السابع عشر.
[٦] لانعدام سببه او عدم مشروعية السبب.
[٧] في الفرع الاول من الفصل الاول من الباب الخامس.
[٨] من الباب الاول من الكتاب الرابع من القانون المدني الفرنسي ، تعريب رفاعة بك وعبدالله بك.
[٩] اصول الالتزامات، للاستاذ مرقس: ص٥٠٤ وما يليها.

ج – في الشريعة الإسلامية:

فاقت الشريعة الاسلامية جميع القوانين الوضعية في كمال معالجة الالتزام برد كل ما في ذمة الانسان من الديون وما في حيازته من الاعيان، كلما حلَّ اجل الدين وانتفت مشروعية الحيازة، سواء طالب الشخص المستحق بالاسترداد أم لا، وسواء كان ثابتا امام القضاء أم لا، ما دام موجودا في الواقع، لأن العبرة في الاسلام بالحقيقة والواقع، وسواء طال الزمن أم لا، لان الحق لا يسقط بالتقادم في الشريعة الاسلامية، وانما تسقط الدعوى وحدها، وهذه الحقائق ثابتة بالقرآن الكريم في آيات منها ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾. فكل ما في ذمة الانسان من دين، أو في حيازته من عين يعود للغير، أمانة يجب أداؤها وإعادتها الى صاحبها الشرعي. والكتب الفقهية في المذاهب الفقهية الاسلامية كافة مليئة بتطبيقات أداء الأمانات الى اهلها والالتزام برد غير المستحق، منها: (لو ظن ان عليه دينا فبان خلافه رجع بما أدى)[1] بناء على قاعدة: (لا عبرة بالظن البيّن خطؤه)[2].

د – في القوانين المدنية الحديثة للبلاد العربية:

عالجت نصوص هذه القوانين بنمط متقارب او متفق موضوع الالتزام برد غير المستحق، على أساس عدم الاستحقاق، وتناولت عناصره واحكامه.

ومن هذه القوانين: المدني العراقي م٢٣٣-٢٤٤ والمصري م١٨١-١٨٧ والسوري م١٨٢-١٨٨ والتقنين اللبناني للموجبات والعقود م١٤٣-١٤٦ والليبي م١٨٤-١٩٠ والكويتي م٢٦٤-٢٦٨ والتونسي الفصل ٧١-٨١ والمراكشي م٦٦-٧٦ والموريتاني م٨٦-٩٦[3]

---

[1] مجمع الضمانات لأبي محمد غانم بن محمد البغدادي ص٤٥٤، غمز عيون البصائر، شرح الاشباه والنظائر للحموي ١/١٩٤.

في مرشد الحيران (م٢٠٢) : (إذا أمر أحد غيره بقضاء دينه ثم ان الآمر قضى الدين بنفسه الى دائنه والمأمور قد دفعه اليه ايضاً، فللمأمور ان يرجع بما دفعه على القابض لا على الآمر، فإن أقام المأمور البيّنة على أنه أدّى الدّين بعد الأمر قبل أداء الآمر، فله الرجوع بما له إن شاء على القابض وإن شاء على الآمر).

[2] المجلة م٧٢.

وقد عالجت هذه القوانين الثلاثة الموضوع تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود.

[3] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

واليمني[1] م٣٢٢-٣٢٦ وقانون الالتزامات والعقود المغربي[2] الفصل ٣٠٦-٣١٠ والجزائري[3] م١٤٣-١٤٩ والقطري م٨١-٨٨ ومشروع المدني العراقي الجديد[4] م٤٥٢-٤٥٨ والمدني المصري القديم م١٤٥/٢٠٦ المشروع التمهيدي للمدني المصري الجديد م٢٥٠/٣٢١.

لقد تناولت هذه النصوص القانونية اهم عناصر الالتزام برد غير المستحق، وأهم أحكامه على أساس عدم الاستحقاق، فمنها متفقة ومنها متقاربة ومنها مختلفة في عرض تلك العناصر والاحكام، ورغم ذلك توجد نقاط متفق عليها في العناصر والاحكام.

خطة البحث:

عنوان الفصل الثاني هو الالتزام برد غير المستحق على أساس عدم وجود السبب، والالتزام برد المقبوض غير المستحق مبني على شروط يترتب على توفرها أحكام (آثار)، لذا يخصص لدراسة كل من العناصر والأحكام مبحث مستقل.

---

(1) تحت عنوان بطلان الالتزامات وابطالها.

(2) رقم (٧٥) الصادر في ١٩٧٥/٩/٢٦ تحت عنوان الدفع غير المستحق.

(3) رقم ١٦ لسنة ١٩٧١ تحت عنوان الكسب دون سبب.

(4) لسنة ١٩٨٥ الذي لم يرَ النور لحد الآن ، وهو قد أهمل حاليا تحت عنوان الكسب دون سبب.

المبحث الأول [1]

شروط الالتزام برد غير المستحق

في ضوء التطبيقات العملية لهذه الشروط يجد الباحث انها ترجع الى ثلاثة وهي:

أن يكون التسلم على سبيل الوفاء

وان يكون الوفاء نتيجة غلط[2]

وان ينتفي مانع الاسترداد والرد[3]

لذا يخصص لدراسة كل شرط مطلب مستقل.

---

(١) المبحث الثاني احكام القبض غير المستحق، وبما ان هذه الاحكام تختلف باختلاف حسن نية القابض، وسوء نيته تنقسم الى ثلاثة انواع: أحدها خاص بحالة حسن النية، والثاني بحالة سوء النية، والثالث أحكام مشتركة بين الحالتين، لذا يقسم المبحث الثاني -كما يأتي- الى ثلاثة مطالب ايضا يخصص كل واحد منها لحالة من الحالات الثلاث.

(٢) أستاذنا الدكتور حسن الذنون النظرية العامة للالتزامات ص٣٢٦.

(٣) اقتصر اكثر فقهاء القانون على الشرطين الاولين، وتطرقوا للشرط الثالث اثناء معالجتهم للموضوع، ولكنهم لم يعدوه ضمن الشروط رغم أهميته، واعتبر الاستاذ مرقس (الاثراء على حساب الغير ٢/٢٩) قصد عدم التبرع هو الشرط الثالث، لكن هذا الصنيع يتعارض مع المنطق القانوني لان الغلط وقصد التبرع متناقضان لا يجتمعان، فكل غلط يستلزم عدم قصد التبرع، لذا فان الشرط الثاني يغني عن الثالث.

المطلب الأول
أن يكون التسلم على سبيل الوفاء

وقد تناول فقهاء القانون في البلاد العربية دراسة هذا الشرط بأنماط وعناوين مختلفة،[1] رغم تقاربها في المضمون والمآل، وقد استنتجت من مجموعها نمطا جديدا من حيث التعبير، مع رعاية ما ذهب إليه هؤلاء من حيث المعاني والمقاصد والتطبيقات.

وشرط التسلم على سبيل الوفاء منصوص عليه في اكثر القوانين المدنية العربية الحديثة، منها: المدني المصري م١٨١: (كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا وجب عليه رده)، ويطابقه المدني السوري م١٨٢ والليبي م١٨٤ واللبناني م١٤٣ واليمني م٣٢٢ والموريتاني م٨٦ والجزائري م١٤٣ والكويتي م٢٦٤ والتونسي الفصل ٧١ كما يطابقه المدني الفرنسي م١٣٧٦[2].

والوفاء تصرف قانوني تتجه فيه ارادة الموفي الى قضاء ما في ذمته حسب ظنه[3]، وللوفاء مضمونان خاص وعام:

أ- الوفاء بمعناه الخاص: أداء محل[4] أصلي للالتزام كأداء المشتري الثمن المتفق عليه في البيع للبائع، وهذا ما يسمى الوفاء العادي.

---

[1] ينظر: الاستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط ١/١٣٤٠-١٣٨٢.
الاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –احكام الالتزام– اثبات الالتزام ص٣٢٤-٣٢٧.
الاستاذ الدكتور سليمان مرقس، الاثراء على حساب الغير في تقنينات البلاد العربية ٢/١٧-٣٩، واصول الالتزامات: ص٥٢٨-٥٣٤.
الاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي، القانون المدني العراقي الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام ص١٤٣-١٤٦.
الاستاذ الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٦٠٣-٦٠٧.

[2] التي نصّها: (من قبض شيئا لا يستحقه وجب عليه ان يرده لمن اخذه منه بدون حق).

[3] ولايشترط أن يكون هذا الظن مطابقا للواقع فيشمل الظن البين خطؤه كما في دفع غير المستحق.

[4] ويطلق اكثر فقهاء القانون على موضوع الالتزام تعبير المحل وهو خطأ كما سبق بيان ذلك في محله.

ب- الوفاء بمضمونه العام: هو أداء محل اصلي للالتزام او ما يعادله.

وهذا المعنى الثاني هو المقصود من الشرط المذكور بدليل اطلاق النصوص القانونية المشار اليها الواردة في صدد القبض غير المستحق، حيث انها لم تحدد صورة معينة من صور الوفاء، ولا ضربا من ضروب ما يحصل به الوفاء، بل قصد من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق قاعدة شاملة لأكثر من حالة[1].

والقاعدة العامة تقضي بأن: (**المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة**)[2]، وبوجه خاص اكدت هذا التعميم للوفاء المادتان (٧٩/٧٤) من المدني التونسي والمراكشي، حيث نصتا على انه: (**يعادل الاداء المنصوص عليه في الفصول المتقدمة اعطاء شيء في مقابلته، او اعطاء توثقة فيه، او اعطاء رسم اعترف به او حجة اخرى تقضي وجود الالتزام او الابراء منه**). أي ان الوفاء بمقابل، وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء واعطاء اعتراف بالدين، او سند اخر يقصد منه وجود التزام او براءة الذمة منه، تنزل جميعا منزلة الوفاء، وبناء على هذا الاطلاق يشمل الوفاء الوفاء العادي والوفاء بمقابل.

طبيعة الوفاء بمقابل :

وردت نظريات وقيلت آراء مختلفة في طبيعة الوفاء بمقابل أهمها ما يلي:

أ- الوفاء بمقابل تجديد بتغيير الدين بتغيير محله (أي موضوعه) اذا ارتضي الدائن انقضاء حقه القديم، لقاء انشاء دين جديد يختلف محله عن محل (موضوع) الالتزام الاول[1].

ب- الوفاء بمقابل وفاء ولكنه غير عادي، فلا يعتبر تجديدا بتغيير الدين، لأن التجديد يستلزم انشاء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم، في حين ان الوفاء بمقابل لا يوجد

---

[1] مجموعة الاعمال التحضيرية للمدني المصري الجديد ٢/٤٩٩.

[2] مجلة الاحكام العدلية م/٦٤.

[3] كما اشارت الى ذلك م٧٨٣ من المدني المصري في قولها بأنه: (اذا قبل الدائن ان يستوفي في مقابل الدين شيئا اخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء) حيث اشارت الى ان الالتزام القديم الذي وجدت من اجله الكفالة قد انقضى نهائيا الامر الذي لا يمكن تفسيره الا على اساس فكرة التجديد.

فيه إلا التزام واحد وهو الالتزام الاصلي، ويعتبر الشيء غير المستحق اصلا تنفيذا لهذا الالتزام.

ج- الوفاء بمقابل بيع تعقبه مقاصة، فالمدين يوفي بمال من عقار او منقول، بدلاً من النقود التي بذمته، فيصبح دائناً بثمنه للدائن، فتقع المقاصة بين دين الثمن والدين الذي كان في ذمة المدين.

ويترتب على هذا الاتجاه ان القواعد التي تحكم عقد البيع تنطبق بصفة عامة على الوفاء بمقابل[1].

ويلاحظ على هذا الاتجاه ان التكييف المذكور لا يصدق، الا اذا كان الدين الاصلي نقودا واخذ الدائن بدلا منها عقارا او منقولا.

ويرى الاستاذ حجازي ان الوفاء بمقابل تصرف قانوني من الجانبين، اذ هو يستلزم رضاء المدين والدائن، والغرض الذي يهدف اليه هذا التصرف هو استبدال اداء باداء، فهو اتفاق مقتضاه ان يقبل الدائن ان ياخذ بدلا من الأداء المتفق عليه اداء آخر، فهو عقد وفاء عيني لا ينعقد إلا بتسليم شيء[2].

وأرى إمكان تكييف الوفاء بمقابل بكل واحد مما ذهبت اليه هذه النظريات والآراء بحسب طبيعة محل العقد وظروف كل من البدل والمبدل منه، ولا يمكن تطبيق واحدة منها في جميع الصور والحالات. ويلاحظ على القول بان العقد العيني لا ينعقد الا بتسليم محل العقد، خطأ شائع ينسب الى الفقه الاسلامي، بينما هو رأي فئة قليلة من الفقهاء. فالتسليم في العقد العيني للتمام لا للانعقاد أي ان العقد ينشيء الالتزام ولكن لا ينشيء الحق الا بالتسليم وهذا المعنى هو المراد من المادة (٦٠٣) من المدني العراقي: (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض)[3]، ومن فسّر لا تتم بـ (لا تنعقد) لم يكن مصيبا، ولأن المشرع العراقي لم يستخدم "لا يتم" بدلا من "لا ينعقد" في مجالات بطلان العقد، فالعقد العيني عقد وسط بين العقد الرضائي والعقد الشكلي، فهو رضائي من حيث الانعقاد قبل التسليم، وشبيه بالشكلي من حيث ان ترتب بعض الاثار (أي الحقوق) يتوقف على التسليم.

---

[1] الاستاذ الدكتور عبد الحي حجازي في كتابه النظرية العامة للالتزام احكام الالتزام ٢٦٣/٢.

[2] المرجع السابق.

[3] لا تتم يساوي لا تكتمل، وعدم التمام يعني النقصان، والناقص له وجود قانوني يحتاج الى الاكمال، أما عدم الانعقاد فهو يساوي البطلان وهو مع العدم سيان.

الوفاء بالتجديد :

من صور تطبيقات الوفاء -بمعناه العام- التجديد، وهو انشاء التزام جديد قصد به ان يحل محل التزام سابق يختلف عنه في عنصر جديد، وأنواعه بحسب هذا العنصر ثلاثة:

١- التجديد بتغيير محل الدين، بأن يتفق الطرفان على استبدال التزام جديد بالالتزام الاصلي يختلف عنه في محله او مصدره[١].

٢- بتغيير المدين، بأن يتفق الطرفان مع اجنبي على ان يكون هذا الاخير مدينا مكان المدين الاصلي.

٣- بتغيير الدائن، باتفاقهما مع اجنبي على ان يكون هو الدائن الجديد.

ومن اعمال الوفاء ايضا: تحرير المدين لدائنه سندا بدين، ولا يدخل هذا السند في المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين، وهي المحاسبة التي يستوفي فيها حقه، لان بقاء السند معه على الرغم من استيفائه حقه يكون بمثابة استيفاء الدين مرتين، وكذا اذا رتب تأمينا خاصا لضمان الوفاء[٢].

وفي جميع صور الوفاء المذكورة وأشباهها إذا كان الموفى به من أي طرف غير مستحق للموفى له فللموفي استرداده، وعلى الموفى له رده على وجه الحتم والالتزام ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

طبيعة الموفى به :

لا يختلف بطبيعة الموفى به الامر بالنسبة لحق الموفي في الاسترداد والتزام الموفى له بالرد، سواء كان نقودا أو أشياء مثلية أخرى أو مالا قيميا عقارا أو منقولاً[٣]، غير ان النصوص المشار إليها والقواعد الكلية ذات الصلة بدفع غير المستحق، لانعدام السبب وقبضه وما يترتب على ذلك من الالتزام بالرد على أساس عدم الاستحقاق، لا تنطبق على حالة من

---

[١] تغيير محل الدين بان يكون شخص مدينا لاخر بمقدار معين من الحنطة مثلا فيتفقان على التبديل بها نقوداً، وتغيير مصدر الدين بان يحتفظ المستأجر ببدل الايجار عنده قرضا في ذمته فبالنسبة لبدل الايجار تحول المصدر من عقد الايجار الى عقد القرض.

[٢] الوسيط، للاستاذ السنهوري ١/١٣٤٥، احكام الالتزام للاستاذ حجازي، المرجع السابق ٣٥٧/٢.

[٣] الاثراء على حساب الغير للاستاذ مرقس: ص١٩.

تسلم بمقتضى عقد شيئا مملوكا لغيره، مع التزامه برده الى مالكه عند انتهاء مدة العقد، كما في عقد العارية والإجارة والوديعة والقرض ونحو ذلك، لأنه رغم ان المستلم لمحل العقد في الحالات المذكورة يبدو انه تسلم على سبيل الوفاء شيئا مملوكا للغير، إلاّ أنه في الحقيقة والواقع يتسلم شيئا مستحق التسليم إليه بمقتضى العقد، ويكون لمن سلمه الشيء حق الاستعادة عند انتهاء مدة العقد، لا بدعوى دفع غير المستحق، بل بمقتضى العقد ذاته الذي كان التسليم تنفيذاً له، فيكون كل من المستعير والمستأجر والمودع لديه والمقترض ملزما على اساس تعاقدي برد الشيء الذي تسلمه، ولمالكه دعوى استرداده على هذا الاساس، لا على أساس كونه غير مستحق، علما بأن صفة عدم الاستحقاق موجودة ايضا بعد انتهاء العقد[1]، والالتزام بالرد على أساس زوال السبب هو موضوع الفصل الثالث الذي ياتي بحثه بإذن الله.

عناصر الوفاء :

من الواضح ان الوفاء تصرف قانوني[2] يتطلب صحته توفر عناصره الثلاثة وهي المحل والرضا والسبب.

والمفروض ان محله موجود في حد ذاته قبضه الموفى له، رغم انه لا يستحقه، اما عنصر الرضا فهو ضروري لصحة كل تصرف قانوني، غير أنه في دفع غير المستحق وجوده ظاهري، لأن وفاء غير المستحق قد يكون نتيجة الغلط[3]، والرضا والغلط أمران لا يجتمعان في ميزان المنطق.

فيبقى بحثنا عن الوفاء في هذا المقام حصرا في تخلف ركن السبب، ويتصور ان يكون الوفاء بدون سبب في الحالات الآتية:

---

(1) الاثراء على حساب الغير للاستاذ مرقس: ص٢٠.

(2) سبق ان ذكرنا ان المراد بالوفاء كل عمل من اعمال الوفاء يصدق عليه وصف التصرف القانوني فقد يكون عاديا يتم بطريقة مباشرة، وقد يكون عملا يعادل الوفاء، وقد يكون اقرارا بدين جديد، وقد يكون غير ذلك من اعمال الوفاء.

(3) ما لم يكن الموفى متبرعا او مكرها.

أ- حالة عدم وجود دين اصلا، وإذا كان غير موجود أصلا فلأن لا يكون مستحقا أولى، والى هذا أشارت المادة (١/٢٣٣) من المدني العراقي[١] والمادة (١٨١) من المدني المصري وما يطابقهما من القوانين المدنية الاخرى.

من صور هذه الحالة[٢] :

١- ان يفي احد المدينين المتضامنين دينا كان قد أوفاه احدهم من قبل.

٢- ان يفي وارث بدين يعتقد انه على التركة، ثم يظهر ان الدين لم يكن له وجود على الاطلاق.

٣- تنفيذ وصية المورث من قبل الورثة، ثم يتبين لهم انها باطلة او ان الموصي كان قد رجع عنها.

٤- ان يدفع شخص تعويضا عن ضرر يظن انه مسؤول عنه، ثم يتبين عدم مسؤوليته عن ذلك.

٥- ان تتقاضى مصلحة الضرائب من احد المولين ضريبة غير واجبة او اكثر مما يجب.

٦- ان يدفع مدين اكثر مما هو واجب عليه، فالزيادة دفع وقبض غير مستحقين.

٧- ويرى العلامة الاستاذ السنهوري (رحمه الله) ان الدين الطبيعي يعتبر دينا منعدما كالدين المتفق على انشائه في عقد باطل، الامر الذي يستتبع بطلان الوفاء بكل منهما وجواز استرداد الموفى به، وحجته في ذلك ان الدين الطبيعي لا جبر في تنفيذه،[٣] ويتفق معه في القول بانعدام الدين الطبيعي الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة[٤] والاستاذ انور سلطان[٥]، ويلاحظ على قولهم بادخال هذه الصورة من الوفاء في حالة انعدام الدين وعدم وجوده اصلا بانه قول غير دقيق للاسباب الآتية:

---

[١] م٢٢٣: (من دفع شيئا ظانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق).

[٢] الصدة، مصادر الالتزام: ص٦٠٥.

[٣] الوسيط ١/١٣٤٣ نبذة ٨٢١، حيث ورد فيه: (يكون الدين اخيرا منعدما من الاصل اذا كان مصدره عقدا باطلا ايا كان سبب البطلان او كان الدين ليس دينا مدنيا بل دينا طبيعيا لا جبر في تنفيذه).

[٤] مصادر الالتزام: ص٦٠٦.

[٥] النظرية العامة للالتزام: ص٥٥٩.

١- الالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي ينقصه عنصر المطالبة، فهو رابطة قانونية ولكنها لا تخول الدائن دعوى يستطيع بمقتضاها اجبار المدين على الوفاء، فهو مجرد من عنصر الحماية القانونية، وهذا هو معيار التمييز بينه وبين الالتزام المدني، ولكن تجرده من عنصر المطالبة لا ينزل به الى مستوى الواجب الادبي، لان القانون يرتب عليه بعض الاثار القانونية، فالوفاء به لا يعتبر من قبيل التبرع، وانما هو من قبيل الوفاء بالتزام صحيح، ومن ثم لا يجوز للمدين استرداد ما وفّى به، وهذه الآثار ترجع الى صفة المديونية وهي صفة رئيسة في الالتزام ومتوافرة في الالتزام الطبيعي[1].

٢- ليس للجبر في التنفيذ او عدمه دخل في تقرير صحة الوفاء او بطلانه، لأن الوفاء يصح بمجرد وجود سبب صحيح قائم في الذمة يصلح سبباً للوفاء، على الرغم من ان الدائن لا يملك جبر المدين على أدائه[2]، فاذا وفاه باختياره عالما بصفته كان وفاؤه صحيحا ولم يجز له ان يسترد ما وفاه.

٣- نصَّ صراحة على ان الدين الطبيعي موجود وليس معدوما التقنين المدني المصري والسوري والليبي في المواد ٢٠١/٢٠٣/٢٠٤ التي تقرر انه: (لا يسترد المدين ما اداه باختياره قاصدا ان يوفى التزاما طبيعيا)، ويطابق هذه القوانين قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت المادة (١٤٤) على انه: (لا وجه للاسترداد: اذا كان الموجب طبيعيا او ادبيا محضا وكان الموفي عالما على الاقل بحقيقة الحال عند الوفاء).

٤- في الشريعة الاسلامية التقادم لا يُسقط الحق وانما يُسقط الدعوى، وهذا هو السائد في القانون ايضا حسب ما أعلم، فالمدين بدين طبيعي مسؤول ديانة عن وفاء هذا الدين وان لم يكن مسؤولا قضاءً، فهو مشمول بقوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾[3] رغم علمه بأن الدائن لا يملك جبره على الوفاء.

---

[1] ينظر: القانون الروماني– احكام الالتزام، الاستاذ الدكتور صوفي ابو طالب: ص٥.

[2] ينظر: الاثراء على حساب الغير، للاستاذ الدكتور سليمان مرقس ٢٣/١. وشرح قانون الموجبات والعقود للاستاذ زهدي يكن ١٠٢/٣.

[3] سورة النساء /٥٨.

ب- حالة كون الدين غير مستحق الوفاء، ومن صورها:

١- كون الدين معلقاً على شرط واقف، فإذا تم الوفاء به قبل تحقق هذا الشرط، يكون الوفاء بلا سبب، لأن الدين في هذه الصورة لا يُعد موجودا حالاً، لعدم وجود سببه، رغم انه سيوجد عندما يتحقق الشرط[1].

٢- كون الدين مضافا الى أجل واقف، وكان الوفاء قبل هذا الاجل، حكمه حكم الدين المعلق على الشرط الواقف، فقبضه قبل الاجل قبض غير مستحق يجب على القابض رده.

ج- حالة كون الدين قائما ومستكملا كل عناصر وجوده ومتعلقا بذمة الموفي ولكنه مؤجل التنفيذ، لذا اعتبر القانون[2] هذا الوفاء قبل حلول الاجل غير مستحق الدفع، اذا كان الموفي يجهل الأجل، او كان يعلمه ولكن يعتقد انه قد حلَّ، غير ان النصوص القانونية العربية التي عالجت هذه الحالة نصّت على أنه يجوز للدائن ان يقتصر على ردّ ما استفاده بسبب الوفاء المعجل، في حدود ما لحق المدين من ضرر، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا التزم الدائن بأن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل[3].

اما اذا كان عالما بكون الدين مؤجلا وأن الاجل لم يحل بعد، فإنه يُعد متنازلا عن حقه في الاجل، وما يترتب عليه من الأثر، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

د- حالة كون السبب غير مشروع. ومن صورها:

١- قبض البائع الثمن او قبض المشتري المبيع في البيع الباطل، فعلى كل منهما رد

---

[1] من النصوص القانونية العربية الدالة على هذه الحالة من حالات دفع غير المستحق والقبض غير المستحق العراقي /٢٣٣/١ والمصري ١٨٢ والسوري /١٨٣ والليبي /١٨٥ واللبناني/١٤٥ والتونسي /٧٥ والمراكشي/٧٦. حيث تنص هذه المواد على انه يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه.

[2] من النصوص القانونية الدالة على هذه الحالة العراقي /٢٣٥/١ والمصري /١٨٣ والسوري /١٨٤ والليبي /١٨٦ واللبناني /١٨٤ حيث نصت هذه المواد على انه: (اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل اجله وكان الموفى جاهلا قيام الاجل).

[3] الوسيط للسنهوري ١٣٤٤/١، النظرية العامة للالتزامات، للاستاذ الدكتور حسن ذنون: ص٣٢٥، والاثراء على حساب الغير، للاستاذ الدكتور مرقس ٢٦/١، ومصادر الالتزام، للاستاذ الدكتور محمود جلال الدين زكي ٢٥٢/١.

ما قبضه، لأنه غير مستحق بسبب بطلان سبب الالتزام، والباطل والمعدوم سيان، فهذه الصورة اقرب الى صورة حالة عدم وجود الدين اصلا.

٢- قبض الرشوة: للراشي حق استردادها وعلى المرتشي رد ما يقبضه من الراشي من الرشوة، لأنه قبض غير مستحق مبني على سبب غير مشروع، وفي الحديث الشريف: ((لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي))[1]، والراشي من يعطي الذي يعينه على الباطل والمرتشي الآخذ.

٣- من يهب مالا لامرأة لغرض بناء علاقة غير مشروعة معها أو لاستمرارهما على تلك العلاقة اذا كانت قائمة، يحق له (أي للواهب) ان يسترد هذا الموهوب، وعلى الموهوب له رده بناءً على أساس عدم الاستحقاق.

٤- على اللاعب الرابح في لعب القمار رد ما يقبضه من اللاعب الخاسر لعدم مشروعية السبب، وبالتالي عدم الاستحقاق في المقبوض، فهو قبض دون حق، ويستوي في ذلك ان يكون عدم المشروعية راجعا الى مخالفة القانون او النظام العام او الاداب العامة[2].

وجدير بالذكر ان التطبيقات المذكورة المندرجة تحت فقرة (د)، هي تندرج تحت حالة عدم مشروعية السبب ومحلها هو الفصل الرابع والاخير من هذا البحث، غير انني استعرضتها هنا اتباعا لنمط علماء القانون في ادخالها تحت عنوان قبض غير المستحق أو دفع غير المستحق أي في باب الاثراء بلا سبب.

فكرة التلوث المانع من استرداد غير المستحق:

كانت هناك قاعدة رومانية سابقا تقضي بأنه في حالات عدم مشروعية السبب لا يكون للطرف الملوث بعدم المشروعية حق استرداد ما نفذه من التصرف غير المشروع لعدم مشروعية محله او سببه.

وقد ظلت تلك القاعدة في ظل التقنين المدني المصري القديم، رغم عدم النص عليها في هذا القانون، حيث جرت العادة في المحاكم على حرمان الطرف الملوث بعدم

---

[1] حسّنه الترمذي وصححه ابن حبان سبل السلام ١٦٣/٤، وزاد الامام احمد في رواية. والرائش وهو السفير (أو الدليل) بين الدافع والأخذ.

[2] الاثراء على حساب الغير، الاستاذ مرقس ٣٠/١.

المشروعية من دعوى الاسترداد، سواء كان عدم المشروعية راجعا الى مخالفة القانون او النظام العام او الاداب العامة.

بينما اقتصرت احكام القضاء الفرنسي في تطبيق هذه القاعدة على العقود الباطلة لمخالفتها الآداب العامة فقط[1].

لكن رفض العمل بمقتضى هذه القاعدة في القوانين العربية الحديثة لاسباب، منها ان احتفاظ القابض بما قبضه في حالات كون السبب غير مشروع يعد مكافأة له رغم تلبسه بهذا التلوث اضافة الى ان فيه تشجيعا على الفساد.

وكان ترك العمل بمقتضى هذه القاعدة عدم النصّ عليها في اكثر القوانين العربية، كما في المغرب العربي والعراق، والنص على العمل بخلافها في بعض القوانين الاخرى، منها التقنين اللبناني للموجبات والعقود، حيث نصّ في المادة(١٩٦) على ان: (الموجب الذي ليس له سبب او له سبب غير صحيح او غير مباح يعد كأنه لم يكن، ويؤدي الى اعتبار العقد الذي يعود اليه غير موجود ايضا وما دفع يمكن استرداده)، والتقنينان التونسي/٧٧ والمراكشي/ ٧٢ نصّا صراحة على انه: (يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل بالقانون او بالنظام العمومي او بالاخلاق الحميدة).

هـ- حالة انقضاء الدين قبل الوفاء:

وتدخل هذه الحالة ضمن عنوان المطلب الثالث في هذا المبحث (موانع الاسترداد والرد).

و- حالة عدم الاستحقاق لزوال سببه قبل الوفاء او بعده باثر رجعي،

كما في صور فسخ العقد او انفساخه او استحقاق محله او عدم اجازة العقد الموقوف، وهذه الحالة الاخيرة تندرج تحت عنوان الفصل الثالث (الالتزام برد غير المستحق على اساس زوال السبب).

---

[1] المرجع السابق ٣١/١.

المطلب الثاني
الغلط في دفع غير المستحق

الغلط هو تصور الشيء على غير حقيقته، وعرّفه علماء القانون بأنه وهم يقوم في ذهن شخص فيصور له أمراً على غير حقيقته[١].

والغلط المعني بالدراسة في هذا الموضوع هو الغلط الذي وقع فيه المتصرف حال انشاء تصرفه، فيتوهم أمراً على غير حقيقته وعلى أساس هذا الوهم تنصرف إرادته الى إبرام التصرف، ولذا يتعين استبعاد ما يسمى الغلط المادي[٢] الذي لم يكن له أي أثر في تكوين التصرف، فإذا تخلف عيب الغلط في الوفاء لا يحق للموفي إسترداد ما وفى به على أساس عدم الاستحقاق، لأنه حين العلم بحقيقة ما يقوم به يُعد متبرعاً، ومن الواضح ان الاصل هو أن المتبرع له لا يلزم برد المتبرع به.

إثبات الغلط:

من واجب من يدعي أداء ما لم يكن مستحقا أن يقيم الدليل على امرين:

احدهما: قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية وبوجه خاص ما يتعلق بنصاب الاثبات بالكتابة او البينة.

والثاني: قيامه بما لم يستحق في ذمته[٣].

اما بالنسبة لاثبات الغلط فالمفترض ان الدافع وقع في الغلط حين الدفع، لأنه ليس من المعقول ان يعلم شخص بعدم التزامه بوفاء تجاه آخر، ورغم ذلك يقوم بالوفاء، فطبيعة الموضوع قرينة حالية على ان الدفع وقع عن غلط،[٤] سواء كان غلطا في الواقع او غلطا في القانون وكالغلط التدليس[٥].

---

[١] اصول الالتزامات للاستاذ مرقس: ص١٧٥ هامش (١).

[٢] كالغلط في الحساب.

[٣] مجموعة الاعمال التحضيرية للمدني المصري ٤٤٩/٢. الوسيط ١٣٤٦/١ هامش (١).

[٤] أي الغلط الذي يعيب الارادة بشروطه المعروفة.

[٥] وعلى سبيل المثل اذا تواطأ الدائن مع المدين وتقدم في التوزيع بمبلغ اكبر من حقه وتنازل المدين عن المعارضة فقبض الدائن المبلغ الاكبر وشاطر المدين الزيادة فان الدائنين

الا ان هذه القرينة تقبل اثبات العكس اذ يجوز للموفى له ان يثبت ان الموفي كانت عنده نية التبرع، وان دفعه كان على أساس تلك النيـة، فعندئـذ يمتنـع علـى الـدافع ان يطلـب الاسترداد، الا ان يثبت الدافع انه كان ناقص الاهلية او كان مكرها على الوفاء.

إضافة إلى ذلك فان افتراض وجود الغلـط حـين الـدفع وبالتـالي عـدم تكليفـه اثباتـه لاسترداد ما دفعه والتزام المستلم بالرد محل خلاف فقهاء القانون:

- فذهب أكثرهم الى انه اذا اثبت الموفي انه قد قام بعمل من اعمال الوفـاء لـدين غـير مستحق، افترض انه دفع عن غلط، اذ تقوم لصالحه قرينة حاليـة (ظرفيـة) قانونيـة على الغلط تبررها الظروف، لأنه ليس من المفهوم ان يقوم بـالغ عاقـل بتسـليم مـا ليس مستحقا لآخر دون قصد تبرع، رغم ان ذمته بريئة عن الالتزام بهذا الوفاء[١].
- بينما ذهب البعض[٢] الى نفي وجود قرينة قانونية على الغلط، اذ لا قرينة قانونيـة الا بوجود نص، ولا يوجد مثل هذا النص، وتبعا لذلك لا ينبغي ان يفـترض الغلـط من مجرد قيام الموفي باثبات انه دفع غير مستحق وقت الوفاء به، فقد يثبت انـه دفـع غير مستحق ولكن يثبت من جهة اخرى انه كان عالما بذلك حين الوفاء، فلا يكون له حق الاسترداد، ما لم يثبت انه دفع غير مستحق وقت الوفاء، وانه كان يعتقد انه ملزم بما دفعه، او انه كان جاهلا قيام الأجل في حالة الوفاء بدين لم يحـل اجلـه. فـاذا نجـح الموفي في اثبات ذلك كان له ان يسـترد مـا دفـع، وبخـلاف ذلـك لا يكـون لـه حـق الاسترداد، اذ قد يوفي تبرعا، وجل أدلة انصار هذا الاتجاه بعـض القـرارات القضـائية الفرنسية[٣] والمصرية[٤].

المتأخرين في المرتبة يجوز لهم ان يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه مـا اخـذ دون حـق. استئناف مختلط ١٢/مايو/١٩٤٩: ص١٢٢، نقلا عن الوسيط ١/١٣٤٦.

[١] الاستاذ عبد الحي حجازي، المرجع السابق ١/٥٩٥.

[٢] منهم الاستاذ الدكتور توفيق حسن فرج : النظرية العامة للالتزام ١/٤٠٣.

[٣] محكمة الـنقض الفرنسية (نقـض مـدني اول مـايو /١٩٣٨) نقـلا عـن الاسـتاذ توفيـق المرجـع السابق.

[٤] يقول الاستاذ السنهوري –وهو ليس من انصار هذا الاتجاه– : (كان القضـاء المصـري في ظـل القانون المدني القديم يقضي بان الدافع هو الذي يكلف اثبات انه كـان في غلـط عنـدما دفـع) استئناف مختلط ١٣/أبريل/١٩٣٨ م٥٠: ص٢٢٣، الوسيط ١/١٣٤٧ هامش (١).

الرأي الراجح: يقضي المنطق القانوني بأن الراجح هو الرأي الذاهب إلى افتراض الغلط وبالتالي عدم تكليف الدافع اثباته لاوجه كثيرة منها:

١- بالنظر الى طبيعة الموضوع وظروفه الاصل هو وجود الغلط،[1] ومن يدعي خلاف هذا الاصل فعليه الاثبات دون من يكون مع الاصل.

٢- القول بأن القرينة القانونية لا تكون الا بالنص وان هذا النص غير موجود يعارض باثبات وجود هذا النص في القوانين العربية وغير العربية كما يلي:

أ- فمن القوانين العربية الحديثة القانون المدني التونسي الفصل (٧٣) الذي يدل على انه: (من دفع ما ليس عليه ظنا منه انه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق او من حيث حقيقة الامر..الى اخره)، ومن الواضح ان تعبيري الظن والجهل صريحان في افتراض وجود الغلط حين الدفع.

ب- ومن القوانين غير العربية: التقنين المدني الأسباني حيث قرر ذلك صراحة في (م١٩٠١) التي تنص على انه: (يفرض الخطأ في الوفاء اذا سلم ما لم يستحق اصلا او ما سبق اداؤه)، ويضيف النصّ الى ذلك قوله: (ولكن يجوز لمن يطلب اليه الرد ان يقيم الدليل على ان التسليم كان على سبيل التبرع او لأي سبب مشروع آخر)[2].

الاستثناء من شرط الغلط:

يستثنى من شرط الغلط حالتان وردتا في بعض من النصوص القانونية المشار اليها سابقا، منها المادة (١٨١) من المدني المصري حيث نصّت على انه: (لا محل للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم انه غير ملزم بما دفعه الا ان يكون ناقص الاهلية او يكون قد اكره على الوفاء)، ونصّت المادة (٢٣٤) من المدني العراقي على استثناء حالة نقص الأهلية، ولكن لا فرق بين الحالتين عند المشرع العراقي[3]، وفيما يأتي ايضاح ذلك:

---

[1] لكن بغض النظر عن طبيعة الموضوع فالاصل هو عدم الغلط لانه من الصفات العارضة والاصل فيها العدم.

[2] نقلا عن مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ٢/٤٤٩.

[3] لانه يعتبر التصرف موقوفا في حالتي نقص الاهلية والاكراه ولا يترتب عليه الاثر الا بعد الاجازة ممن له حق الاجازة، وقابل للابطال في الفقه الغربي والقوانين المتاثرة به.

أولا- ان الموفي اذا كان ناقص الأهلية وقت ان دفـع، يسـتطيع ان يبطـل الوفـاء لـنقص اهليته وان يسترد ما دفع، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة مـن ان الـدين الـذي دفعه لم يكن مترتبا في ذمته. اما إذا دفع ناقص الاهلية دينـا ثابتـا في ذمتـه، فـإن الدفع يكون صحيحا مبرئا للذمة، اذا لم يلحق به ضررا، ومن ثم لا يجوز له ان يسـترد ما دفع، وكنقص الاهلية في ما ذكر كون الموفى غير مالك للموفى به[1].

وبناء على ذلك فان نقص الاهلية اثره السلبي يقتصر على حالة انشـاء الـدين، امـا بالنسبة لوفاء ما ثبت في ذمته سابقا بصورة صحيحة نافذة، فلا فرق بينه وبين وفاء كامل الاهلية، فلا يحق له استرداده بحجة انه ناقص الاهلية.

ثانيا- اذا اثبت الموفى انه اكره على الوفاء بطريقة مباشرة او غير مبـاشـرة، وان الوفـاء قد تم تحت ضغط غير مشروع، فان له حق استرداد الموفى به، رغم علمه بانـه لم يكـن ملزما بهذا الوفاء، كأن طولب من الدائن بالوفاء مـرة ثانيـة، حـين لم يعثـر علـى المخالصة، فاضطر الى ان يوفيه مرة اخرى خشية التنفيذ على مالـه، ثـم عثـر بعـد ذلك على المخالصة، ففي هذه الحالة يستطيع ان يسترد ما دفع دون حق، ولو انه وقت الدفع كان يعلم بانه يدفع دينا غير مستحق[2].

ومن تطبيقات حالة الاكراه ايضا ان يكون الموفي قد سدد مـا عليـه مـن الضـرائب ثـم طولب بها مرة اخرى ووقع حجز اداري على ماله، فاضطر الى الدفع وهو عالم بان الدين غير مستحق، فيجوز له في هذه الحالة إن يسترد ما دفع، لأنه كان مكرها علـى الـدفع، ويلتـزم المدفوع له بالرد على أساس عدم الاستحقاق.

---

[1] ومن القوانين المدنية العربية الحالية التي نصّت على ذلك المدني المصري القـائم الـذي نـصّ في م٣٢٥ على انه: (يشترط لصحة الوفاء ان يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وان يكون ذا اهلية للتصرف فيه ومع ذلك فالوفـاء بالشـيء المسـتحق ممن لـيس اهـلا للتصـرف فيـه ينقضي به الالتزام اذا لم يلحق الوفـاء ضـررا بـالموفي)، ونصّـت م٣٧٧ مـن المـدني العراقـي القائم على انه: (اذا كان المـدين صـغيرا مميـزا او كبيرا، معتوهـا او محجـورا عليـه لسفه او غفلة، ودفع الدين الذي عليه، صح دفعه ما لم يلحق الوفاء ضررا بالموفي).

[2] الوسيط للاستاذ السنهوري ١٣٤٩/١.

المطلب الثالث
انتفاء موانع حق الاسترداد والالتزام بالرد

المانع هو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم ترتب الحكم على سببه أو انعدام السبب[١].

وقد أقر فقهاء الشريعة والقانون القاعدة العامة: (إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع)[٢]، ومن الواضح إن الدفع والقبض غير المستحقين سبب يقتضي إعطاء الحق للدافع في استرداد المدفوع بدون حق وإلزام القابض برد المقبوض غير المستحق، لكن قد يحدث ما يمنع العمل بمقتضى هذا السبب فيقدم المانع على السبب المقتضى في التطبيقات العملية القانونية والقضائية.

وعلّل ذلك بان في المانع حكمة لو لم يقدم على السبب المقتضي لانتفت تلك الحكمة، وعلى سبيل المثل إذا علم الموفي إن وفاءه كان بدون حق فله استرداد الموفى به، ورغم ذلك إذا أهمل الدائن مطالبته بهذا الحق لمدة ثلاث سنوات فأكثر من تاريخ علمه بذلك، يسقط حقه في المطالبة، ويتحول التزام الموفى له من كونه مدنيا إلى الالتزام الطبيعي، وحكمة ذلك هي رعاية استقرار المعاملات واستبعاد الفوضى في الدعاوى والمطالبات، وهذه الحكمة هي سر تقديم المانع على السبب المقتضي، وسقوط الحقوق والالتزامات بالتقادم، والمانع كما يكون تقادما مسقطا، فقد يكون مقاصة أو أبراء أو تبرعا، بعد إثبات عدم توفر عنصر الغلط أو هلاك العين المقبوضة بقوة قاهرة، إذا كان القابض حسن النية او تجرد عن السند مثلا او نحو ذلك.

وفيما يلي استعراض وجيز لبعض من تلك الموانع:

---

[١] أصول الفقه في نسيجه الجديد للباحث ٢/٢٥٥ والمراد بانعدام السبب هو زواله بوجود المانع.
[٢] مجلة الأحكام العدلية المادة (٤٦).

أولا- التقادم المسقط :

التقادم نظام قانوني يستند إلى مرور الزمان على واقعة معينة[١] وهو نوعان: مكسب ومسقط.

١- **التقادم المكسب:** هو سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية إذا استمرت حيازتها المدة التي نص عليها القانون.

٢- **التقادم المسقط:** هو ما يؤدي إلى سقوط حق الاسترداد إذا أهمل صاحبه استعماله أو المطالبة به مدة معينة.

وهذان النوعان رغم اشتراكهما في أنهما يستندان إلى مرور الزمان، إلا أنهما يختلفان من حيث الأساس الذي يقوم عليه كل منهما ومن حيث سعة النطاق، كالآتي:

أ- أساس التقادم المكسب واقعة ايجابية وهي واقعة الحيازة، أما التقادم المسقط فأساسه واقعة سلبية وهي سكوت صاحب الحق عن المطالبة به أو عن استعماله.

ب- التقادم المسقط أوسع نطاقا من التقادم المكسب، لأن الثاني يقتصر على حق الملكية وبعض الحقوق العينية المتفرعة عنه كحق الانتفاع وحقوق الارتفاق، بينما التقادم المسقط يؤدي إلي سقوط دعوى الحقوق الشخصية (موضوع الالتزامات) وجميع الحقوق العينية[٢] عدا حق الملكية.

ومن النصوص المدنية العربية التي عالجت هذا الموضوع المدني العراقي/م٢٤٤ و م٤٢٩-٤٣٤ والمصري/م٣٨٧- ٣٨٨ والسوري/١٨٨ والليبيي/٣٧٤-٣٧٥ واللبناني/٣٤٥-٣٤٦ واليمني/٣٢٦ والأردني/٤٤٩ ومايليها والجزائري/١٤٦ والتونسي/٧٨ والموريتاني/٩٣ والكويتي/٤٣٨ ومايليها والقطري/١٩٥ وما يليها والمغربي/٣٧١وما يليها.

يستخلص من هذه المواد القانونية بعض النتائج:

١- جميعها متفقة على أن حق الموفي في الاسترداد يسقط بمرور ثلاث سنوات اعتبارا من يوم علمه بهذا الحق، باستثناء المدني الجزائري الذي نصَّ في المادة(١٤٩) على أنه: (تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم

---

[١] الحقوق العينية للمرحوم الأستاذ محمد طه البشير (رحمه الله) والمرحوم الأستاذ الدكتور غني حسون (رحمه الله) : ص٢١٩.

[٢] ينظر: المرجعان السابقان.

فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق).

ويبدو أن القانون الجزائري متأثر بالفقه الإسلامي وبوجه خاص الفقه المالكي[1] الذي ذهب إلى أن الحد الأدنى لسقوط الدعوى (١٠) سنوات. وجدير بالذكر إن الحد الأدنى عند فقهاء الحنفية هو (١٥) سنة.

٢- كلها متفقة على أن الحد الأقصى للتقادم في جميع الأحوال خمس عشرة سنة.

٣- كلها متفقة على ان مدد التقادم ليست متساوية في جميع الحقوق، بل تتراوح بين سنة واحدة وخمس عشرة سنة.

٤- كلها متفقة على انه لا يسوغ التنازل مقدما عن التقادم، ولكن يسوغ بعد حصوله، وكذا لا يجوز تغيير المدة التي حددها القانون للتقادم.

٥- كلها متفقة على أنه يجوز للدائن ولكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم.

٦- تتفق أكثرها على ان التقادم ليس له الأثر في الحق نفسه وإنما يُسقط الدعوى فقط، ومنها المدني العراقي الذي نصَّ صراحة على بقاء الحق رغم سقوط الدعوى مهما طال زمن ترك المطالبة به، إذ نصَّ في (م٤٤٠): (لا يسقط الحق بمرور الزمان، فاذا أقر المدعى عليه بالحق امام المحكمة، أخذ بإقراره ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

وتختلف هذه القوانين في أحكام، منها:

اختلافها في تحديد المدد بالنسبة لبعض القضايا، وعلى سبيل المثل نصَّ المدني المصري القائم في م/٣٧٦ على انه: (تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين، على ان تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من اعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات)، بينما تتقادم هذه الحقوق في المدني العراقي م٤٣١/١ بسنة واحدة.

---

[1] شرح الحطاب ٢٢٤/٦ وما يليها تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك ٢٦٢/٢، ٢٢٦ شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٨٥٠/٧ الشرح الكبير للدردير على هامش حاشية الدسوقي ٢٠٦/٤.

موقف الفقه الإسلامي من اثر التقادم في الحقوق والمطالبة :

يستند فقهاء الشريعة في هذا الموضوع الى حديثين متعارضين نُقلا عن الرسول ﷺ، احدهما: ((لا يبطل حق إمرء مسلم وان قدم))[1] والثاني: ((من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به))[2].

وحاول بعض الفقهاء رفع التعارض بالجمع بين الحديثين، فقال الحطاب: حديث الحيازة عام وحديث عدم سقوط الحق بالتقادم معلل بوجود الاسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور ونحو ذلك.

وقال عليش: (حديث عدم بطلان الحق بالتقادم خاص بالديون (أي بما في الذمة) وحديث الحيازة خاص بالاموال الاخرى غير الديون، أي الاعيان التي تكون في حيازة الغير. وهذا واضح في سؤال وجواب ينقلهما هو بنفسه[3]، وفيما يلي نصّهما: (ما قولكم في رجل تداين من ذي شوكة بوثيقة ولما حلّ الاجل خلصه ولم يعطه الوثيقة ولم يشهد على الخلاص ومضى نحو عشرين سنة وهما في بلدة واحدة تأخذهما الاحكام والرجل مليء[4]، ولم يشهد احد ان ذا الشوكة طالبه بالدين ثم مات ذو الشوكة، وسكت ورثته نحو خمس عشرة سنة، ثم مات الرجل، ثم قام ورثة ذي الشوكة على ورثة الرجل وطالبوهم بالدين، فأجابهم ورثة الرجل بانه دفعه لمورثهم، وحكم لهم قاضٍ بالبراءة منه وافتى بعض العلماء بها وبعضهم بعدمها فما الحكم؟

فأجبت بما نصّه: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله ﷺ.. القول لورثة رب الدين في بقائه على المدين بعد هذه المدة، والحيازة لا تعتبر فيما في الذمة...، ولورثة

---

[1] وقد أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٠/١٥٠) بلفظ قريب وموقوف على سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ ، ولم أجده بهذا اللفظ مرفوعاً إلى النبي ﷺ ، فعن عمر ﷺ أنه قال: "الحق قديم، لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل".

[2] أخرجه الربيع في مسنده بلفظ قريب (١/٢٣٧)، فقد أخرج عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنّه قال: "مَن حاز أرضا وعمرها عشر سنين والخصم حاضر لا يغير ولا ينكر فهي للذي حازها وعمرها ولا حجة للخصم فيها".

[3] في كتابه فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك وبهامشه تبصرة الحكام لابن فرحون (القاضي برهان الدين ابراهيم بن علي بن ابي القاسم ابن محمد بن فرحون المالكي المدني ت٧٩٩هـ)، مطبعة البابي واولاده، مصر، ١٣٧٨هـ: ٢/٣٢٠.

[4] أي متمكن ماليا.

المدين تحليف من يظن به العلم بالقضاء من ورثة رب الدين على عدم علمه به، وحكم القاضي بسقوطه بها(بمدة التقادم) لا يعتبر لمخالفته للنص، والاستدلال بحديث ((لا يبطل حق امرىء مسلم وان قدم)) صحيح وهو خاص بما في الذمة، بدليل حديث ((من حاز شيئا عشر سنين فهو له)) وهذا خاص بغير ما في الذمة بدليل الحديث الاول كما بينته الائمة)[1].

وهذا الجواب صريح في ان الدين مهما طال الزمن لصاحبه المطالبة، والتقادم لا يسقط لا الحق ولا المطالبة به، بينما يرى البعض ان كليهما يسقطان[2].

ويستخلص من كلام بعض آخر[3] أنّ الدعوى تسقط ولكن الحق باقٍ، فالالتزام يتحول من المدني الى الطبيعي، وبتعبير الفقهاء فالمدين لا يطالب قضاء ولكنه مطلوب بالوفاء ديانة.

والراجح هو هذا الاتجاه الثالث لأنه اقرب إلى روح الشريعة الإسلامية.

ثانيا- حالة تجرد الدائن بحسن النية من ضمانات دينه :

ومن الواضح ان دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة في انقضائها وفي سقوطها، وقد نصّت على هذه الحالة اكثر القوانين المدنية العربية الحديثة وفي مقدمتها المدني المصري القائم، حيث نصَّ في المادة (١٨٤) على انه: (لا محل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه ان الدائن -وهو حسن النية- قد تجرد من سند الدين، او مما حصل عليه من التأمينات، او ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء)، ويطابقه المدني السوري/١٨٥ والليبي/١٨٧ واللبناني/١٤٤/٣ والاردني/٢٩٩ والجزائري/١٤٦ والتونسي الفصل/٧٣ وغيرها من اكثر القوانين المدنية العربية الحديثة.

---

[1] كما في شرح الحطاب ٢٤٤/٦ وشرح الخرشي وبهامشه حاشية العدوي ٢٤٢/٧.

[2] وهو الراجح في المذهب الاباضي (شرح النيل وشفاء العليل ٥٠٣/١٣ وما يليها) حيث يأخذ بظاهر الحديث ويرى ان الحيازة المستوفية لشروطها تجعل الحائز مالكا للمال الذي حازه.

[3] في مرشد الحيران م/٢٥٦: (دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة، فان تركها المدعي بعذر بان كان غائبا مسافة القصر او كان صبيا او مجنونا وليس له ولي او وصي فانها تسمع ما لم تمضِ هذه المدة بعد زوال العذر).

ويؤخذ من المواد المذكورة وغيرها ما يلي:

- **إذا قام شخص غير المدين بالوفاء للدائن وقام هذا الاخير بحسن نية بالتجرد من سند الدين، كأن اعدمه او سلمه الى الموفي ولم يستطع ارجاعه او اهمل في المحافظة عليه ففقد، او تجرد الدائن مما حصل عليه لضمان حقه، بان يغفل قيد الرهن او تجديد هذا القيد او يبرئ الكفيل الذي كان يكفل اداء الدين، أو يترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بمرور الزمن... كل هذا اعتمادا على انه قد استوفى حقه، فاذا حصلت صورة من هذه الصور، فإنها تكون مانعة من استرداد غير المستحق، لأنه يسقط حقه في هذا الاسترداد وفقا للقانون، وبذلك قد قارن القانون بين مصلحة الموفي الذي وفى ما ليس عليه، ومصلحة الدائن حسن النية الذي اعتقد بحسن نية انه استوفى دينه وتصرف على النحو المذكور وضحى بمصلحة الموفي، فلم يحصل له حق استرداد ما دفع من المدفوع له[1].**
- **غير ان الدافع اذا لم يكن له حق الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق، فانه لا يظل محروما من حق الرجوع بما أداه بدعوى الاثراء بلا سبب، فالمدين الحقيقي -وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء- يلتزم قبله بالتعويض وفقا لاحكام الاثراء بلا سبب، لكن قد يخشى في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تأريخها للايهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط، وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين، لذا ينبغي ان يكون للمخالصة تأريخ ثابت في مثل هذه الحالة، درءاً لمثل هذا التحايل[1].**

ثالثا: قصد التبرع

ومن تطبيقات هذه الحالة قضاء دين الغير. القاعدة العامة في بعض المذاهب الفقهية الاسلامية وبعض القوانين المدنية العربية الحديثة: (ان من قضى دين غيره يعد متبرعا فلا رجوع له عليه ما لم تقم قرينة على خلاف ذلك).

---

[1] ينظر: الوسيط، الاستاذ عبد الرزاق السنهوري ١/١٣٧.
مصادر الالتزام، الاستاذ الدكتور توفيق حسن فرج ١/٤٠٩.

[1] مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨: ٢/٤٥٥.

ومن القوانين المتبنية هذه القاعدة المدني العراقي القائم، حيث نصَّ في المادة (٢٣٩) على انه: (اذا قضى احد دين غيره بلا امره، سقط الدين عن المدين، سواء قبل ام لم يقبل، ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا امره، إلا إذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين، او انه لم يكن عنده نية التبرع). ويؤخذ من هذا النص ان الاصل في قضاء دين الغير هو التبرع، غير ان هناك حالات مستثناة من هذا الاصل، ومن اهم تلك الحالات:

أولا: ان تكون في قضاء الدين مصلحة للدافع

ومن صور هذه الحالة:

١- وفاء احد الورثة الدين المتعلق بالتركة من مال نفسه، ولو كان الايفاء بدون اذن الورثة الاخرين، وللموفي ان يرجع على التركة. وجه المصلحة ان التركة المدينة بمثابة الرهن وضمان لدين الدائنين، فتصرف الورثة فيها قبل تسديد الدين وبدون اذن من الدائنين موقوف، فلا يكون نافذا الا بعد تسديد الدين، وهذا معنى قاعدة: (لا تركة الا بعد سداد الدين)[١].

٢- ومن صور المصلحة، انه اذا اراد دائن مرتهن متقدم بيع العين المرهونة استيفاء لدينه، وكان البيع سيتم في وقت غير ملائم من شأنه ان يبخس قيمة العين، مما قد يضيع على دائن مرتهن متأخر حقه أو بعض حقه، فقام هذا الدائن المرتهن المتأخر بوفاء دين الدائن المتقدم، فانه لا يعتبر متبرعا وله أن يرجع على المدين بما أوفاه[٢].

---

[١] وقد قضت محكمة التمييز في حكم لها صادر في ١٩٦٤/٦/٨ بان: (دفع الوارث ما على التركة من اقساط للمصرف العقاري وللضريبة لا يعد تبرعا لان في ذلك مصلحة له لدفع خطر بيعها بثمن بخس) قضاء محكمة التميز: ٢/١٠٧-١٠٨ نقلا عن الاستاذ الدكتور عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام: ٦٤٧/١.

[٢] النظرية العامة للالتزامات، الاستاذ الدكتور حسن الذنون: ص٣٢٣.

ثانيا: إذا تبين من الظروف أن الدافع لم تكن عنده نية التبرع

ومن صور هذه الحالة:

١- إذا رهن شخص ماله في دين على غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهـون، فـان نيـة التبرع تنتفي، فله ان يرجع بما قضاه على المدين، وهذا ما نصّت عليه المـادة (٢٣٨) من المدني العراقي.

٢- إذا دفع الوكيل بالشراء ثمن المال المشترى للبائع بلا امر من موكله، لا يعد متبرعـا، لأنه مطالب بالثمن بحكم القانون، بل مجبر على الدفع في حالة غياب الموكل، فكـأن الامر مقدر ضمنا، فلا مجال لنية التبرع، وله الرجوع على الموكل بما وفاه.[1]

هذا كله اذا كان قضاء دين الغير بدون أمره، أما اذا كان بأمره فلـه الرجـوع عليـه بمـا أوفاه، وهذا ما نصّ عليه المدني العراقي في المادة (٢٣٦): (اذا امر أحد غيره بقضـاء دينـه رجع المأمور على الامر بما اداه عنه وقام مقام الدائن الاصلي في مطالبته بـه سـواء اشـترط الرجوع عليه أو لم يشترط).

وإذا قضى كل من الامر والمأمور الدين:

أ- للمأمور الرجوع على الآمر بما دفعه ان كان قد سبقه في قضاء الدين.

ب- له ان يرجع على القابض أو الآمر ان كان الآمر هو الذي قضى الدين أولاً.

هذا ما نصَت عليه المادة (٢٣٧) من المدني العراقي. ووجه هـذا الفـرق هـو ان رجوعـه على الامر مبنى على انابته في الوفاء، أما رجوعه على القابض فهو مبنـى علـى أسـاس دعوى قبض غير المستحق[2].

موقف الفقه الإسلامي من قضاء دين الغير :

اعتبار الموفي لدين الغير متبرعا او غير متبرع مسألة خلافية في الفقه الاسلامي ويرجـع هذا الاختلاف الى الاتجاهين الآتيين:

١- اتجاه يذهب الى ان قضاء دين الغير يعد تبرعا، ما لم يقم دليل على خـلاف ذلـك، قـال الامام النووي وهو من كبار فقهاء الشافعية: (أما غير الضامن اذا أدى ديـن غـيره

---

[1] الاستاذ عبد المجيد الحكيم المرجع السابق ٦٤٩/١.

[2] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق: ص٣٣٢، والاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهل، محاضرات في الكسب دون سبب: ص١٧١.

بغير اذنه فلا رجوع لانه متبرع، وان ادى باذنه رجع، ان شرط الرجوع قطعا، وكذا ان اطلق على الاصح. وفي وجه ثالث ان كان حالهما يقتضي الرجوع رجع، والا فلا، كنظيره من الهبة)[١]، ويتفق مع هذا الاتجاه فقه ابي حنيفة[٢]، وبه اخذ المشرع العراقي (م ٢٣٩).

٢- الاتجاه الثاني يرى خلاف الاتجاه الاول، وهو ان قضاء دين الغير بدون اذنه لا يعد تبرعا، ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وهو الراجح في الفقه المالكي والحنبلي، قال القرافي وهو من كبار فقهاء المالكية[٣]: (كل عمل يوصل للغير نفع مال أو غيره بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثله في القيام بالمال، وعليه دفع أجرة المثل في القيام بالعمل، ان كان لا بد من الاستئجار عليه، أو لا بد من انفاق ذلك المال، وذلك بناء على حصول الاذن عادة -خلافا للشافعي- ونحن نعتمد على العوائد، فان لسان الحال يقوم مقام لسان المقال).

وقال ابن قيم الجوزية[٤]: (أما ما ذكروه من ان من أدى دينا عن غيره يعتبر متبرعا، فقد دلَّ على فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد، قال تعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الإِحْسَانِ إلاَّ الإِحْسَانُ﴾[٥] وليس من جزاء هذا المحسن بتخليص من احسن اليه بأداء دينه ان يضيع عليه معروفه، فيكون جزاؤه اضاعة ماله ومكافأته عليه بالاساءة... الى اخره)، وقد اخذ بهذا الاتجاه المدني المصري(م٣٢٤).

وأرى أن الراجح بل الصائب من الاتجاهين المذكورين هو الثاني للاسباب الاتية:

١- رجوع الموفى على المدين دليل على أنه لم يقصد بقضاء دينه التبرع، اذا لم يكن هناك دليل على نية التبرع.

---

[١] روضة الطالبين وعمدة المفتين، للامام محي الدين يحيى بن شرف ابي زكريا النووي (ت٦٧٦هـ)، دار الفكر للنشر، بيروت: ٥٥٦/٢.

[٢] البدائع ٢٤٣٠/٧.

[٣] الذخيرة للقرافي (الامام العلامة شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبدالرحمن الصنهاجي) : ١٢٩/٤.

[٤] إعلام الموقعين عن رب العلمين، للامام الشمس الدين ابى عبدالله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي (ت٧٥١هـ) : ٣٢٥/٢.

[٥] سورة الرحمن /٦٠.

٢- لو افترضنا ان الوفاء بدون اذن المدين تبرع، لكان لهذا التبرع حكم الهبة، ومن الواضح ان للواهب الرجوع عن هبته، اذا لم يكن لهذا الرجوع مانع، وهناك مبررات للرجوع في الهبة، كما نصَّ عليها المدني العراقي(م٦٢١) منها:

أ- ان يخل الموهوب له اخلالا خطيا بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الاخلال من جانبه جحودا غليظا.

ب- ان يصبح الواهب عاجزا عن ان يوفر لنفسه اسباب المعيشة... الى اخره.

٣- الفقهاء القائلون بان قضاء دين الغير بدون امره تبرع، معذورون لان الحياة الاقتصادية في زمنهم كانت بسيطة، ومبالغ الديون قليلة، والوازع الديني كان هو المتغلب على الجانب المادي، ولكن اليوم كل شيء بعكس السابق، ولذا يجب ان يكون الاصل في قضاء دين الغير هو عدم التبرع بعكس السابق.

المبحث الثاني
أحكام الالتزام برد المقبوض غير المستحق

متى توفرت الشروط الثلاثة المذكورة للوفاء في ضوء ما تمّ بحثه في المبحث الأول، تترتب على هذا الوفاء أحكام (آثار)، أهمها ان للموفي الحق في استرداد ما وفّاه، حيث لم يكن واجبا عليه، وعلى الموفى له الالتزام برد ما استوفاه، لأنه لم يكن مستحقا له. وقد تكفل القانون تحديد ما يجب رده، وفرق في ذلك بين ما اذا كان الموفى له حسن النية وما إذا كان سيء النية، وعالج الأحكام الخاصة بكل حالة، اضافة الى بيان الأحكام المشتركة بين هاتين الحالتين. وفي ضوء هذه المقدمة تم توزيع دراسة هذه الأنواع الثلاثة من الأحكام على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
أحكام التزام الموفى له حسن النية

الموفى له حسن النية هو من كان يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له[1]. والأصل هو حسن النية ومن يدعي خلاف هذا الأصل عليه إثبات عكسه، وعلى هذا الأساس يفترض القانون حسن نية الموفى له ويلقي عبء إثبات سوء النية على الدافع أو من ينوب عنه.

وجدير بالذكر انه يجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات، منها البينة والقرائن، لأن سوء النية واقعة مادية[2]، وموضوع الالتزام بالرد هو الشيء الموفى به،[3] وهو إما أن

---

[1] النظرية العامة للالتزام، الدكتور عبد الحي حجازي ٥٩٥/١.

[2] الوسيط للسنهوري ١٣٥٩/١.

[3] والدعوى هي دعوى استرداد غير المستحق، والمدعي هو من حصل الدفع من ماله غالبا وقد يكون وكيلا أو وصيا أو قيما، والمدفوع يكون من مال الأصيل غالبا، ولكن لا يختلف الحكم اذا كان المدفوع من مال النائب، ففي جميع الأحوال يرجع عليه بما دفعه، واذا دفع النائب أكثر مما في ذمة الأصيل، يكون هو الدائن بقدر الزيادة. وجدير بالذكر ان لدائني الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق، طبقا لقواعد الدعوى غير المباشرة، كما يجوز لورثة الدائن استعمال هذا الحق لأنه جزء من التركة. الوسيط:١٣٥٧/١.

يكون نقودا أو أشياء مثلية اخرى أو عينا معينة بالذات ولكل أحكامه الخاصة به.

أولا: إذا كان الموفى به نقودا

وجب على الموفى له أن يرد مقدارها، بصرف النظر عن تغير سعر النقد، لأنه حسن النية ولا يلتزم برد فوائد النقود المستلمة. هذا ما اتفق عليه فقهاء القانون ونصت عليه المواد القانونية كالمدني العراقي/٢٣٣ والمصري/١٨٥ والسوري/١٨٦ والليبي/١٨٨ واللبناني/١٤٢و١٤٦والجزائري/١٤٧ وغيرها من القوانين المدنية العربية الاخرى. لكن المدني العراقي لم يذكر منطوقا حسن النية في هذه المادة، وانما يؤخذ ذلك من مفهوم مخالفة النص[١].

والقول برد المقدار الذي تسلمه القابض حسن النية بغض النظر عن سعر النقد المقبوض، وكذا في جميع الديون التي تكون بذمة المدين أيا كان سببها، خطأ شائع في القوانين المدنية العربية وشروحها، وهذا الخطأ نشأ من عدم التمييز بين مفهوم المثلية في النقود ومفهومها في الأشياء المثلية الاخرى، حيث فسر المثلي في الكل بأنه: (ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به)[٢]، كما فسر القيمي بأنه: (ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة)[٣].

بينما مثل الشيء في النقود هو ما يساويه صورة ومعنى، وصورة النقود واضحة لا تتغير بتغير سعرها، وأما معناها فهو عبارة عن القوة الشرائية (أو السعر)، وبناء على ذلك اذا تغير سعر كل عملة بشكل ملحوظ ومؤثر في التعامل والتداول بين الناس في حياتهم الاقتصادية، فأنها تفقد مثليتها لزوال عنصر المعنى وتتحول الى القيمي، فيجب على القابض، سواء كان حسن النية أو سيء النية، قيمة يوم تحول تلك العملة من المثلي الى القيمي. أما المعنى في الحبوب والمواد الغذائية فهو عبارة عن القوة الغذائية، فهي تبقى

---

(١) غير ان المشرع العراقي تناول أحكام حسن النية في المواد الاخرى منها المادة (١١٦٥) التي تنص على أنه: (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته).

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٥).

(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٤٦).

ثابتة لا تتغير بارتفاع أسعارها أو انخفاضها، لذا يلتزم القابض برد مثل ما قبضه كما وكيفا اذا وجدها في السوق وذلك لاحتفاظها بصفة المثلية.

وبناء على هذا الفرق الجوهري بين مثلية النقود ومثلية الأشياء المثلية الاخرى غير النقود، من قبض مبلغاً غير مستحق من شخص في وقت كان سعر مثقال من الذهب مائة دينار مثلا، ثم حين رجع عليه الدافع مطالبا برد المبلغ غير المستحق، كان سعر مثقال من الذهب (خمسةً وسبعين الف دينار) مثلا، كما حدث ذلك بالنسبة للدينار العراقي منذ بداية ١٩٩١، فهل من العدل والإنصاف أن يقال لا يجب على الموفى له أن يرد الا مقدار ما تسلمه، بصرف النظر عن هذا التغير في سعر الدينار العراقي وهبوطه[١].

وعلى من يهمه أن يطلع على هذه الحقيقة، أن يراجع في الفقه الإسلامي مجموعة رسائل ابن عابدين[٢]، وفي أصول الفقه الاسلامي: التقرير والتحبير[٣] على التحرير، واصول البزدوي مع كشف الأسرار[٤]، والتوضيح على التنقيح[٥]، واصول السرخسي[٦]، واصول الشاشي[٧]، وجمع الجوامع وشرحه مع حاشية البناني[٨].

ولم يكن صاحب المغني (ابن قدامة الحنبلي)[٩] موفقا في قياسه تغير سعر النقود على تغير سعر الأشياء المثلية الاخرى كالمواد الغذائية، فأعطى للكل حكما واحدا، وهو رد ما

---

[١] لذا اقترح اعادة النظر في هذا الموضوع بالنسبة لجميع القوانين التي اقرت وجوب رد المقبوض بدون زيادة او نقص، اذا كان الموفى له حسن النية، وان يصبح هذا الحكم كالاتي: (اذا كان الموفى به نقودا وجب على الموفى له ان يرد مقدارها اذا لم يتغير سعرها تغيرا مؤثرا في الحياة الاقتصادية خلال المدة الواقعة بين القبض والرد، والا فعليه ان يرد قيمتها يوم تحولها من المثلية الى القيمية). كما اقترح ان تطبق هذه القاعدة على جميع الديون المستحقة وغير المستحقة بغض النظر عن كون المدين حسن النية او سيء النية.

[٢] للعلامة محمد أمين الفقيه الحنفي في الرسالة المعنونة بـ(تنبيه الرقود على مسائل النقود)، الطبعة الاولى، دار سعادات: ص٦١ وما يليها.

[٣] للعلامة ابن أمير الحاج على التحرير للكمال بن الهمام ١٢٧/٢.

[٤] للعلامة علي بن محمد البزدوي ١٥٢/١.

[٥] للعلامة صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ٨٢/٢.

[٦] للعلامة محمد بن أحمد ١٢٤/١.

[٧] للقفال الشاشي الحنفي: ص٤٢.

[٨] للعلامة ابن السبكي وشرحه للجلال المحلي ١١٧/١.

[٩] عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة في كتاب المغني ٣٦٠/٤.

قبض كما وكيفا، لأنه قياس مع الفارق، فالمعنى في النقود القـوة الشـرائية وهـي معرضـة للتغير صعودا ونزولا، بينما المعنى في المواد الغذائية هي القـوة الغذائيـة وهـي غـير قابلـة للتغير ما دامت المادة صالحة للاستعمال.

وقد عالج التشريع العراقي هذا الموضوع جزئيـا،[1] لكـن المعالجـة كانـت ناقصـة حيـث اقتصرت على مهر الزوجة المطلقة، حيث يحدد مهرها بالدينار العراقـي بقيمـة يـوم وجوبـه على الزوج، ويقوّم بسعر الذهب في يوم إنشاء عقد الزواج، وهذا ما يتفق مع روح الشريعة الاسلامية والعدالة والقواعد الاصولية.

وعلى سبيل المثل اذا تم عقد زواج امرأة في العراق قبل (٦٠) سنة مثلا، وحدد مهرهـا المؤجل بـ(١٠٠) دينار، في وقت كان سعر مثقال الذهب ثلاثة أربـاع دينـار، وبعـد الفرقـة بالوفاة أو الطلاق، فهل من العدل والانصاف أن يحكم القاضي بأنها تستحق نفس المبلغ، أي مائة دينار، في وقت قيمة مثقال من الذهب لا تقل عن (٨٠) الف دينار.

لذا أرى من الضروري تعميم المعالجة المذكورة لتشمل المرأة المتوفى عنهـا زوجهـا، وكـل دائن اخر تمضي على دينه مدة تتغير خلالها القوة الشرائية للعملـة تغـيرا مـؤثرا في الحيـاة الاقتصادية، سواء كان القابض حسن النية او سيء النية، مـا دام الالتـزام بـالرد باقيـا ولم يسقط بالتقادم أو بطريقة اخرى.

ثانيا- اذا كان الموفى به أشياء مثلية أخرى[2]:

اذا كان الموفى به أشياء مثلية اخرى من غير النقود، وجب على القابض دون حق أن يرد مقـدارها بالكيـل في المكـيلات والـوزن في الموزونـات والقيـاس في المقيسـات والعـدد في المعدودات، ولا يلتزم الموفى له حسن النية برد ثمار هذه الأشياء اذا كان لها ثمار خـلال المـدة

---

[1] قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٧) في ١٩٩٩/٧/٢٤.

[2] كغلال أو سبائك أو أقمشة أو حبوب، فان المقبوض من هذه الأشياء وغيرها يختلط بما يملكه القابض من الصنف ذاته، ويقوم غيره مقامه عند الاسترداد، فلا يبقى عليه للموفي حق عيني رغم بطلان الوفاء، وانما يكون له حق الدائنية بمقتضاه، له مطالبة رد مثل ما قبضه دون حق بدعوى استرداد غير المستحق، كما له أن يحصل على مثله في السوق على نفقة القابض بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال.

ينظر: الاثراء على حساب الغير، للاستاذ مرقس ٤٤/٢، مصـادر الالتـزام، للـدكتور سـعد الـدين الشريف: ص٤٦٧، مصادر الالتزام، للاستاذ فريد فتيان: ص٢٥٥.

الزمنية بين القبض والرد، لأن المفروض أنه حسن النية، فيملكها بمجرد قبضها ما دام باقيا على حسن نيته عند قبضها، أما ما يقبضه منها من وقت أن يصبح سيء النية، فلا يملكه ويلزم برده فورا واذا تأخر يلزم بالتعويض أيضا.

ثالثا – اذا كان المقبوض شيئا قيميا:

اذا كان المقبوض دون حق مالا قيميا أي عينا معينة بالذات، سواء كانت عقارا أو منقولا، يجب على القابض أن يرد العين ذاتها حال قيامها في حيازته الى الموفي، ولهذا الأخير في استرداد تلك العين دعويان: دعوى غير المستحق وهي دعوى شخصية ودعوى الاستحقاق وهي دعوى عينية[1]. والذي يهمنا في هذا البحث هو دعوى غير المستحق، لأن مكان بحث الدعوى العينية هو الفصل الثالث أو الرابع، كما يأتي بيان ذلك في محله، والمراد بالعين المعينة بالذات المال القيمي-كما ذكرنا- بقرينة مقابلة هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى (حالة كون المقبوض نقودا) والحالة الثانية (حالة كون المقبوض أشياء مثلية)، وأحكام هذه الحالة الثالثة مكان بحثها-كما ذكرنا-هو الفصل الثالث، لأن الاسترداد يكون بالدعوى العينية، والتزام القابض بردها مبني على أساس زوال السبب في باب المسؤولية العقدية، وكذا في الفصل الرابع على أساس عدم مشروعية السبب في باب المسؤولية التقصيرية. لذا أتناول أحكام هذه الحالة الثالثة بإيجاز، تاركا تفصيلها للفصل الثالث والرابع القادمين.

خلاصة تلك الأحكام:

١-التزام القابض حسن النية برد العين المقبوضة بذاتها، اذا كانت باقية وقت دعوى الاسترداد، ولا يسأل القابض عن أي خلل أو نقص حدث بسبب الاستعمال قبل رفع

---

[1] في موضوع التزام المدفوع له حسن النية برد الأشياء القيمية. ينظر:
الاستاذ السنهوري، الوسيط ١/١٣٥٩ وما يليها.
والاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات: ص٣٢٧.
والاستاذ المرقس، الاثراء على حساب الغير ٢/٤٤.
الاستاذ توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزامات ١/٤٠٥.
الاستاذ عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٦١٠-٦١١.
والاستاذ عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام ١/٦٠٠ وما يليها.

الدعوى عليه بدون تقصير منه، الا بقدر ما عاد عليه من فائدة، ترتبت على هذا النقص[١].

٢-انقضاء الالتزام بالرد، اذا هلكت العين في يد قابضها حسن النية بغير خطئه، غير أنه اذا عادت على القابض فائدة أو نشأ له حق بسبب هذا الهلاك، كما اذا كان الهلاك لضرورة إنقاذ حياته أو مال له أكبر قيمة، أو استحق مبلغ تأمين عن هلاك العين، فأنه يلزم برد ذلك للموفي، تطبيقا لقواعد الكسب دون سبب (أو الإثراء بلا سبب) ولا ينقضي هذا الالتزام في تلك الحالة، اذا كان الهلاك بخطئه أو بعد اعذاره، أو بعد صيرورته سيء النية[٢].

٣-اذا تصرف القابض حسن النية في العين بحسن نيته وأصبح التصرف نافذا للمتصرف اليه بسبب التقادم أو قاعدة: (الحيازة في المنقول سند الملكية) يمتنع على المالك أو الموفي استرداد العين، لكن يلزم برد العين في التصرف غير النافذ اذا كانت باقية، فعليه رد ما قبضه مقابل هذا التصرف اذا كان معاوضة، ورد قيمته اذا كان تبرعا، وهذا ما تقضي به العدالة[٣].

٤- يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته للعين المقبوضة دون حق[٤]. والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما.

---

[١] الإثراء على حساب الغير للاستاذ مرقس ٤٦/٢ الوسيط للسنهوري ١٣٦٧/١.

[٢] الإثراء على حساب الغير، المرجع السابق ٤٧/٢.

[٣] يرى الاستاذ مرقس (الإثراء على حساب الغير ٤٩/٢) : أنه يلزم بقيمة الإثراء وقت دخوله في ذمته سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا.

ويرى الاستاذ السنهوري (الوسيط ١٣٦٨/١) : ان القابض حسن النية الذي تصرف في المقبوض لا يكون مسؤولا قبل الدافع الا بقدر ما أخذ من عوض فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به واذا تصرف في العين تبرعا لم يكن مسؤولا عن شيء قبل الدافع.

ويتفق معه د. عبد الحي حجازي في مصادر الالتزام ٦٠٢/١، وكلاهما يتعارض مع العدالة بالنسبة لحالة التبرع.

[٤] المدني العراقي /١١٦٥ والمصري/٩٧٨ والسوري/٩٢٩ والليبي/٩٨٢.

٥- يتعين اعذار القابض للرد قبل الالتجاء الى طلب تنفيذ التزامه تنفيذا جبريا سواء أكان هذا التنفيذ عينيا أم كان بمقابل[١].

٦- للقابض حسن النية استرداد المصروفات غير الكمالية التي أنفقها على ما قبضه دون حق[٢].

وأكتفي بهذا القدر الموجز أسوة بما ذهب اليه بعض فقهاء القانون من دمج موضوع حيازة العين مع موضوع دفع غير المستحق، رغم ان هذا الدمج يرفضه المنطق القانوني، لأن الدفع غير المستحق والقبض غير المستحق يتعلقان بما في ذمة الإنسان من الديون، لا بما في حيازته من الأعيان.

المطلب الثاني

أحكام التزام الموفى له سيء النية

والمقصود بسوء النية هنا هو أن يعلم القابض انه انما يقبض ما ليس له فيه حق.[٣] إذا أثبت الدافع ان المدفوع له سيء النية، وانه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له، يلزم المدفوع له برد المدفوع، وان هذا المدفوع أما ان يكون نقودا أو أشياء مثلية اخرى أو أشياء قيمية، وفي الحالات الثلاث لا داعي لاعذار القابض، لأنه يعد معذرا من وقت القبض، لكن لا يغني عن الاعذار سوء النية الطارئ بعد القبض، لأن العبرة في حصول الاعذار بقوة القانون أن بتوفر العلم وقت القبض[٤].

وقد نصَّ المدني العراقي على عدم ضرورة أعذار القابض لغير المستحق بسوء نية في المادة (٢٥٨/ج): (لا ضرورة لاعذار المدين اذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين انه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك)، ويطابقه المدني المصري م٢٢٠/ج والسوري م٢٢١/ج واللبناني م٢٥٢/٣ والليبي م٢٢٣/٢.

---

[١] المدني العراقي /٢٤٦، المصري/ ٢٠٣، السوري/٢٠٤، الليبي/٢٠٦، اللبناني/٢٤٩.

[٢] العراقي/١١٦٧، المصري/٩٨٠، السوري/٩٣١، الليبي/٩٨٤.

[٣] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات: ص٣٢٩. الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام ٦٤٢/١.

[٤] الوسيط ١٣٦٩/١ نبذة ٤٨١.

أحكام الحالات الثلاث المذكورة :

أولا: إذا كان المقبوض نقودا التزم القابض سيء النية بالآتي :

١- يلتزم برد مقدار النقد الذي قبضه.
٢- ويلتزم بالتعويض عن الضرر الناتج من تأخره في الرد من وقت القبض، لأن سوء نيته يجعله معذرا للرد من ذلك الوقت، وبالتالي يكون مسؤولا عن هذا التعويض.
٣- وعليه الفوائد التي كان بالامكان أن ينتجها المقبوض، وتعتبر النقود قابلة دائما لان تنتج الفوائد القانونية على الاقل، فيلزم القابض سيء النية بفوائد ما قبضه اعتبارا من وقت قبضه بسوء نيته، أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وفي كل الأحوال يلزم برد ما استفاده أو كان يستطيع أن يستفيده من يوم رفع الدعوى. وهذا ما نصَّ عليه المدني العراقي م ٢٣٣/٢ والمصري م ١٨٥ والسوري م١٨٦ واللبناني م١٤٢ والليبي م١٨٨.
٤- اذا هبطت قيمة النقد خلال مدة ما بين القبض والرد، كان القابض ملزما بتعويض الموفي عن هذه الخسارة[1].

ثانيا: إذا كان المقبوض أشياء مثلية غير النقود يلزم القابض سيء النية بالآتي:

١- يلتزم برد مثلها وبقدرها.
٢- يلتزم بتعويض الموفي عن الضرر الذي سببه له احتجازه هذه الأشياء عنه من وقت قبضها إلى وقت ردها.
٣- يلتزم برد الفوائد والأرباح التي جناها أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وعلى أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى بموجب المواد المذكورة في فوائد النقود.

---

[1] الاستاذ مرقس، الاثراء على حساب الغير ٥٧/٢. الاستاذ عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام ٦٤٢/١. الاستاذ عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام ٦٠٤/١.

٤- واذا قومت الأشياء المثلية بمبلغ من النقد الزم القابض برده لأن الموفي يستحق التعويض عن رد هذا المبلغ من يوم القبض الى حين الرد وفقاً لقواعد التعويض العادية لا وفقاً لأحكام فوائد التأخير القانونية فيشترط فيه ثبوت الضرر ولا يتقيد التعويض بسعر الفائدة القانونية[١].

ثالثا – إذا كان المقبوض شيئا قيميا:

اذا كان المقبوض شيئا قيميا أي عينا معينة بالذات، فيبقى للموفي -او المالك- حقه في ملكية هذه العين، رغم انتقال حيازتها الى الموفى له، ويكون له استردادها من الموفى له بدعوى استرداد غير المستحق. ويلتزم القابض للشيء القيمي بدون حق وهو سيء النية بالالتزامات الآتية:

١-الالتزام برد العين ذاتها حال قيامها في حيازته حيث يجب على القابض ردها بذاتها وبالحالة التي تسلمها عليها، لأنه مسؤول عن كل نقص أصابها ولو كان بسبب أجنبي، لأن سوء نيته حين قبضها جعله معذرا لردها منذ ذلك الحين، فيكون مسؤولا من هذا التاريخ.

٢-الالتزام برد قيمة العين في حالة هلاكها وبتعويض الموفي عن كل ضرر يصيبه بسبب التأخير في الرد، الا اذا استطاع أن يثبت ان هذا الهلاك أو التلف (النقص) كان سيصيبها ولو بقيت في يد الموفي، وهذا الحكم نصّت عليه القوانين المدنية العربية الحديثة منها المدني العراقي م١١٦٨: (اذا كان الحائز سيء النية فانه يكون مسؤولا عن هلاك الشيء أو تلفه[١] ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ[٢] الا اذا أثبت ان الشيء[٣] كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه)، ويطابقه المصري م٩٨٤ والسوري م٩٣٥ والليبي م٩٨٨ وغيرها.

وجدير بالذكر ان القيد الأخير في هذه المواد وهو: (الا اذا أثبت ان الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه) يدل على ان القوانين العربية لم تأخذ

---

[١] بلا نيول وريبيرواسمان ج٧ نبذة ٧٤٦: ص٣٥، نقلا عن الاستاذ مرقس، الاثراء على حساب الغير ٥٨/٢.

[٢] المراد بالتلف هو النقص والهلاك الجزئي بقرينة مقابلته بالهلاك الكلي.

[٣] أي من القوة القاهرة بخلاف الحائز حسن النية حيث لم يكن مسؤولا عن مثل هذا الهلاك.

[٤] أي الشيء المقبوض بسوء النية.

بالفكرة السائدة في القانون الروماني من التسوية بين من يستلم غير المستحق بسوء النية والسارق، حيث كان للموفي دعوى استرداد المسروق، لأن تبعة الهلاك تقع على السارق حتى ولو استطاع أن يثبت انه كان يهلك أو يتلف لا محالة لدى مالكه.

وقد تساءل شراح القانون في فرنسا عما اذا كان القانون الفرنسي تأثر بالاتجاه الروماني المذكور، فيعامل القابض سيء النية في حالة هلاك الشيء أو تلفه معاملة السارق، بمعنى أن تلقى على القابض سيء النية تبعة الهلاك نهائيا وفق الفقرة الرابعة من المادة (١٣٠٢)[1] من المدني الفرنسي، أم يكتفي بمعاملته معاملة المدين المعذر، فيسمح له وفقا للفقرة الثانية من هذه المادة بالتخلص من تبعة الهلاك، بأن يثبت أن العين كانت لا محالة تستهلك لدى الموفي لو بقيت لديه. لكن الرأي الراجح ان المدني الفرنسي فرّق بين القابض سيء النية والسارق[2] كما في القوانين المدنية العربية.

٣-اذا تصرف القابض سيء النية في العين فانه يلزم بردها عينا ان أمكن ذلك، واذا لم يمكن رد العين كما في حالة تمسك المتصرف اليه بالتقادم المكتسب أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية فان التزامه يتحول الى تعويض يشمل قيمة العين وقت قبضها، مضافا اليها قيمة الضرر الذي لحق الموفي بسبب حرمانه من العين من وقت قبضها الى وقت دفع التعويض، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن القابض سيء

---

[1] ترجمة نصّ المادة (١٣٠٢) تحت عنوان الفصل السادس في تلف عين المدين: "إذا كان الدين عينا معلومة وتلفت بأن صارت لا تصلح للمعاملات أو فقدت بحيث صارت مجهولة الوجود فان الالتزام بها ينقطع اذا كان تلفها أو ضياعها من غير تفريط من المدين ما لم يكن التسليم واجبا على العاقد وطلب منه وتأخر عن ذلك مطلا.

بل اذا وجب التسليم ولم تحصل عاهة يكون سببها المدين فان الالتزام به ينقطع ايضا حالة ما اذا كان الدين المذكور بحيث لو تسلمه ربه لهلك عنده كما هلك عند المدين.

وعلى المدين أن يبين سبب ما ادعاه من العاهة ويثبت براءة نفسه وعلى أي وجه كان اذا سرقت تلك العين المدين بها فتلفت أو ضاعت عند السارق فان ذلك لا يسقط عن السارق رد القيمة الى رب الدين". تعريب رفاعة بك وعبد الله بك.

[2] ينظر هنري وليون وجان مازو نبذة ٦٦٤ نقلا عن الاستاذ مرقس المرجع السابق ٢/٦٠.

النية يلتزم برد قيمة العين -في حالة هلاكها- وقت تنفيذ الالتزام بالرد، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعاً[١].

٤-الالتزام برد ثمار العين، وقد نصّ على هذا الالتزام المدني العراقي م١١٦٦: (يكون الحائز سيء النية مسؤولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في انتاج هذه الثمار)، ويطابقه المدني المصري م٩٧٩ والسوري م٩٣٠ والليبي م٩٨٣ وغيرها من أكثر القوانين المدنية العربية الحديثة.

استرداد المصروفات :

للقابض سيء النية الحق في استرداد المصروفات التي أنفقها على ما قبضه دون حق، وفقاً لما قررته القوانين المدنية العربية منها المدني العراقي م١١٦٧:

١-على المالك الذي رد اليه ملكه أن يؤدي الى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الاضطرارية، والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص الى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك.

٢-أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المواد ١١١٩ و ١١٢٠)[١]، ويطابقه في المضمون المدني المصري م٩٨٠ والسوري م٩٣١ والليبي م٩٨٤.

---

[١] الوسيط، للاستاذ السنهوري ١/١٣٧٢ نبذة ٨٤٥. الاثراء على حساب الغير، للاستاذ مرقس ٢/٦٠-٦٢.

[٢] وهاتان المادتان تتعلقان بأحكام استحداث البناء أو الأغراس أو المنشآت الاخرى ويأتي تفصيل ذلك في الفصلين القادمين بإذن الله.

المطلب الثالث
الأحكام المشتركة بين حالتي حسن النية وسوء النية

من الأحكام التي لا تختلف باختلاف كون الموفى له حسن النية أو سيء النية وتسري على الحالتين: حكم الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول أجله، وتخفيف التزام الموفى له ناقص الأهلية، وتقادم الالتزام بالرد.

ونتناول هذه الأحكام المشتركة بإيجاز فيما يأتي:

أولا: الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول أجله مع جهل الموفي بالأجل او بعدم حلوله:

سبق أن بينا ان الدين المؤجل دين غير مستحق قبل حلول أجله، فان تمَّ الوفاء قبل ميعاد الأجل مع العلم بوجود الأجل وعدم حلوله، يعد هذا الوفاء تنازلا وتبرعا بمقابل الأجل، ولا يجوز استرداد الموفى به، إلا إذا أثبت الموفي أنه قد اكره على هذا الوفاء أو انه كان ناقص الأهلية حين الوفاء.

غير أن هذا العلم الذي يبنى عليه افتراض التبرع بمقابل الأجل يجب إثباته، ويقع عبء هذا الإثبات على الموفى له الذي يريد أن يحتفظ بما استوفاه قبل الأجل، واذا لم يتمكن من إثباته عدّ الموفي جاهلا بوجود الدين أو ظاناً انتهاءه.

وهذه الحالة إضافة الى خضوعها لتطبيق القواعد العامة، فإنها منصوص عليها في أكثر القوانين المدنية العربية الحديثة منها المدني العراقي المادة (٢٣٥) التي تنصّ على أنه:

١- اذا وفى المدين التزاما لم يحل أجله ظاناً أنه حلَّ فله استرداد ما دفع.

٢- على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر، فاذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً الزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بالسعر القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل).

ويطابقه المدني المصري/١٨٣ والسوري/١٨٤ والليبي/١٨٦ والكويتي/٢٦٥ والجزائري/١٤٥.

ويستنتج من هذه النصوص وغيرها أحكام متعلقة بوفاء الدين قبل حلول أجله وهي مشتركة بين الموفى له حسن النية والموفى له سيء النية، ومنها ما يأتي:

١- السماح القانوني لاسترداد الموفى به في هذه الحالة لا يعفيه من الوفاء من جديد عند حلول أجل الدين، وبالتالي يكون التزام الموفى له برد ما استوفاه قبل حلول أجله، فان من المتوقع أن تتغير الظروف المالية للموفي نحو العسر أو الإفلاس خلال المدة الواقعة بين الاسترداد والدفع مرة ثانية -بعد حلول الأجل-، فعندئذ يصبح عاجزا عن الوفاء، الأمر الذي قد يؤدي الى أن يضيع على الدائن حقه، ولدفع هذا الخطر المتوقع عن الدائن، سمح القانون للموفى له أن يحتفظ بما استوفاه قبل حلول أجله، وأن لا يرد حقه الا قدر ما أفاده من حصول الوفاء المعجل.

وعلى سبيل المثل اذا سلّم المؤجر العين المؤجرة الى المستأجر قبل مدة الإجارة بأربعة أشهر أو أقل أو أكثر مثلا، اعتقادا منه ان مدة الإجارة قد بدأت من تاريخ إنشاء العقد فورا، ثم تبين خطؤه، جاز للمستأجر اذا طالبه المؤجر برد العين الى أن يبدأ حق انتفاعه بها أن يمتنع عن ردها وأن يقتصر على أن يدفع للمؤجر مقابل ما انتفع به خلال تلك المدة[1] من العين المؤجرة، كما نصت المادة (٢/٢٣٥) من المدني العراقي على أنه: (يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر).

ومن تطبيقات هذه الحالة أنه: يحق لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية، أن يطالب الدائن اذا لم يشأ أن يرد البناء الذي تسلمه الى أن يحل الأجل بأقل القيمتين، قيمة النفقات الإضافية وقيمة إيراد البناء خلال الشهور الستة[2].

٢- اذا كان موضوع الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا سلمها للملتزم له قبل حلول الأجل، ظاناً عدم وجود الأجل أو انتهاءه، التزم الدائن الموفى له أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل، فاذا كان هناك اتفاق على سعر الفائدة التي يدفعها المدين، يرد له فوائد المدة الباقية بالسعر المتفق عليه بينهما. وفي حالة عدم وجود الاتفاق على الموفى له أن يرد للموفي فوائد هذه المدة بالسعر القانوني دون التمييز بين الموفى له حسن النية أو سيء النية، فلا فرق بين

---

[1] الوسيط ١٣٧٤/١، النظرية العامة للالتزام، الاستاذ الدكتور الذنون: ص٢٣٠، الاثراء على حساب الغير، المرجع السابق ٦٥/٢، مصادر الالتزام، للدكتور الصدة: ص٦٠٦.

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري ٤٥٢/٢.

أن يكون الموفى له عالما بأن الدين الموفى به لم يحل أجله أو غير عالم بذلك، شريطة أن لا يثبت قصد التبرع والتنازل عن الأجل الذي تم إقراره لمصلحة المدين[١].

٣- هناك اتجاه مغاير لما سبق في الفقرتين السابقتين فيذهب الى أنه لا يعتبر دفع الدين المؤجل قبل حلول أجله من حالات دفع غير المستحق الذي يجوز استرداده، على أساس ان الدين يتعلق بذمة المدين لمصلحة الدائن، فاذا وفاه يكون قد وفى ما عليه وأبرأ ذمته منه، فلا يحق له أن يسترده ولا أن يسترد فوائده عن المدة الباقية.

وهذا الاتجاه قد تبناه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة (١٤٤) التي تنصّ على أنه: (أولا- اذا كان الموجب مدنيا ومعلقا على أجل لم يحل ولم يكن المديون قد ظنه مستحق الأداء، وفي هذه الحال لا تحق المطالبة بالفائدة عن المدة المتخللة بين الإيفاء والاستحقاق).

ويبدو أن المشرع اللبناني قد تأثر -في هذا الموضوع- بالقانون المدني الفرنسي الذي نصَّ في المادة (١١٨٦) على أن: (كل إلزام مؤخر الى أجل معلوم لا يمكن طلبه قبل وفاء ذلك الأجل، لكن ما عجل المديون دفعه قبل حلول الأجل لا يدفعه ثانيا بعد حلوله). وقد ينتقد هذا الاتجاه بعدم منطقية التأثر بقانون صدر قبل زهاء قرنين (١٨٠٤م) في وقت لم تكن لمسألة فوائد النقود الأهمية التي لها الآن من الناحية الاقتصادية[٢].

ورغم ذلك فانه يتفق مع روح الشريعة الاسلامية التي ترفض الفوائد الربوية على الديون سواء أكانت اتفاقية أم قانونية، أما إذا ترتب على الوفاء المعجل ضرر يلحق المدين – كما في مسألة المقاول المذكورة – فان تعويض هذا الضرر واجب بمقتضى القاعدة الشرعية النصية الواردة على لسان رسول الله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))[٣].

---

[١] الاثراء على حساب الغير، المرجع السابق ٦٦/٢.

[٢] المرجع السابق.

[٣] سبل السلام ١١٠/٣.

ثانيا: تخفيف التزام الموفى له ناقص الأهلية سواء أكان قاصرا أم محجورا عليه بالرد:

من المعروف شرعا وقانونا ان الأهلية الكاملة ليست شرطا لالتزام المثري على حساب الغير أو من يكسب مالا دون سبب بالرد، غير أن قابض غير المستحق اذا كان ناقص الأهلية يخشى عليه أن يبدد ما قبضه دون حق أو أن يتصرف فيه في غير منفعة حقيقية تعود عليه، فعندئذ يكون في إلزامه برد قيمته إضرار شديد به. لذا اقتضت العدالة أن يعامل ناقص الأهلية في هذه الحالة بشيء من الرفق عن طريق تخفيف التزامه بالرد، وقصره القانون على قدر ما عاد عليه فعلا من نفع. وشأن هذه الحالة شأن حالة إبطال عقد لنقص أهليته حيث لا يلزم الا برد ما كسبه بسبب تنفيذ العقد. وقد نظم ذلك بالقوانين المدنية الحديثة منها المدني العراقي الذي نصَّ في المادة (٢٣٤) على أنه:

(١- اذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزما الا برد ما كسب حتى ولو كان سيء النية.

٢- وكذلك اذا أبطل عقد ناقص الأهلية فلا يرد الا ما كسبه بسبب تنفيذ العقد)

ويطابقه المدني المصري ١٨٦/ والسوري ١٨٧/ والليبي ١٨٩/.

غير ان المدني اليمني[1] حصر الالتزام بالرد في ما بقي بيد ناقص الأهلية ولم يستهلك، حيث نصت المادة (٣٢٣) على أنه: (إذا كان من تسلم ما ليس حقا له ناقص الأهلية فلا يلزم الا برد ما بقي ولم يستهلك).

وكان المشرع العراقي أكثر توفيقا في معالجة هذه الحالة، حيث نصَّ صراحة على أن التخفيف يجري ولو كان ناقص الأهلية سيء النية، إضافة الى النص على سريان نفس الحكم على حالة إبطال عقده[2]، وحصر الرد في ما بقي ولم يستهلك محل نظر، لأن ناقص الأهلية يعتبر أنه قد أفاد مما أخذه، إذا كان قد وفى به واجباً عليه، أو اشترى به شيئا نافعا، ولو

---

[1] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

[2] وقد نصَّ المشرع المصري على ذلك أيضا في المادة (١٤٢) التي نصّت على ان: (في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل، ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية اذا أبطل العقد، لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

هلك الشيء بعد ذلك، أو قلت قيمته، أو رمم به عقارا ولو هلك العقار بعد ذلـك، وكـذلك يعد مستفيدا مما قبضه اذا صرفه في ضروريات حياته اليومية، أو في كماليات يحصل عليها أمثاله، ومما لا يعد مفيدا له ما بدده في الملاهي أو المقـامرة أو في شـراء المشـروبات أو نحـو ذلك.

وسر التمييز بين الدافع والمدفوع له من حيث أنه يشترط في الأول الأهلية، بحيث لو دفـع —وهو ناقص الأهلية— فانه يسترد ما دفع، بينما لا يشترط في المدفوع لـه الأهليـة، هـو ان التزام المدفوع له لا يقوم على ارادته، بل هو التزام قوامـه قاعـدة الكسـب دون سـبب (أو الإثراء بلا سبب)[1]. وينبني على ما ذكر ان المدفوع له اذا كان ناقص الأهلية وتسلم عينـا معينة بالذات، فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئـه،[2] فانـه لا يلـزم بشـيء تجـاه الدافع حتى لو كان سيء النية، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل في بـاب كسـب دون سبب (أو الإثراء على حساب الغير).

وكذا لو تبرع المدفوع له ناقص الأهلية بما تسلمه دون حق، لا يحق للدافع أن يرجـع عليـه بشيء، لأنه لم ينتفع بما قبضه حتى لو كان سيء النية وقت التبرع.

ومن أوجه الاختلاف بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غـير المستحق: ان الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين في ذمته الماليـة ولا يلزم بـالرد الا بمقتضى التزام شخصي، بينما لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدى دون حق الى المدين ودخوله في ذمتـه، ذلك لأن هذا الوفاء وهو قابل للإبطال بحكم الحال، لا يكون من شأنه نقل الملك، فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا، لا بمقتضى التزام شخصي بل بمقتضـى استحقاق الغير[3].

ثالثا: التقادم المسقط لحق الاسترداد والالتزام بالرد :

النصـوص القانونيـة: المـدني العراقـي/٢٤٤ والمصـري/١٨٧ والسـوري/١٨٨ والليبي/١٩٠ وما تطابقها أو تقاربها من النصوص العربية المدنية الحديثـة الاخـرى، تـدل

---

[1] الوسيط ١/١٣٧٧ نبذة (٨٤٨)، مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري ٢/٤٦١.
[2] الوسيط، المرجع السابق، الاثراء على حساب الغير، المرجع السابق ٢/٦٨.
[3] الاستاذ أنور طلبة ١/٢٤٦.

صراحة على أنه تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق -دون تفرقة بين المدفوع له حسن النية وسيء النية- بأقصر المدتين الآتيتين:

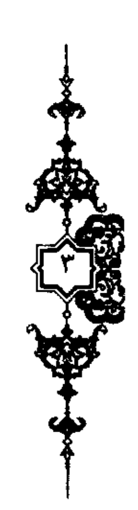
١- ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد.

٢- خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أي من يوم دفع غير المستحق[1].

وقد سبق بيان ما يتعلق بالتقادم المسقط بما فيه من الكفاية.

---

[1] الوسيط ١٣٨٢/١ وما يليها، الإثراء على حساب الغير ٦٩/٢، مصادر الالتزام، الاستاذ الصدة: ص٦١٨، أحكام الالتزام، الاستاذ الذنون: ص٣٣٢ وما يليها.



الفصل الثالث

الالتزام برد غير المستحق على أساس زوال السبب بعد وجوده

المبحث الأول: فسخ العقد
المبحث الثاني: الانفساخ
المبحث الثالث: الإبطال



التمهيد:

وقد عالج شراح القانون هذا الموضوع في باب المسؤولية العقدية، لذا يتضمن هذا التمهيد استعراضا موجزا للتعريف بالمسؤولية وأنواعها وبالعقد وأنواعه، لأن الإحاطة بأبعاد الموضوع تتوقف على هذا التمهيد.

المسؤولية:

هي تحمل تبعات الإخلال بالالتزام.

والتبعات جمع تبعة وهي في الأصل نتائج عمل الإنسان من خير أو شر، كما في قوله تعالى ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ، وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَهُ﴾[١]، ثم كثر استعمالها في الشر والضرر حتى أصبحت حقيقة عرفية في نتائج الأعمال غير المشروعة الضارة، وهي عقدية في الإخلال بالتزام تعاقدي وتقصيرية في الاخلال بالتزام قانوني.

وللمسؤولية مطلقا عناصر ثلاثة وهي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وهي جنائية اذا كان الخطأ جنائيا ومدنية اذا كان مدنيا.

الخطأ في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به[٢]:

هو الاخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل إياه،[٣] فهو يتكون من عنصرين مادي (موضوعي) ومعنوي (شخصي):

العنصر المادي: هو الإخلال بواجب قانوني.

العنصر المعنوي: هو إدراك المخل بأنه أخل بواجب قانوني، وهذا العنصر يتطلب وجود التمييز لدى المخل.

الخطأ في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به[٤] في باب المسؤولية المدنية التقصيرية هو

---

[١] سورة الزلزلة / ٧-٨ (م).

[٢] كالمدني المصري/ م١٦٤ والسوري/ م١٦٥.

[٣] اصول الالتزامات، للاستاذ مرقس: ص٣٦٠.

[٤] كالمدني العراقي / م١٩١ والاردني /م٢٥٦.

الإخلال بواجب شرعي (قانوني) مطلقا، أي سواء أدرك المخل إخلاله او لا. وبتعبير آخر هو العمل غير المشروع الضار الذي يسمى التعدي،[1] بغض النظر عن أهلية فاعل العمل.

وبناءا على ذلك يكفي في الفقه الاسلامي لإقرار المسؤولية التقصيرية توفر الركن المادي وحده.

لكن لا خلاف بين الفقه الاسلامي والقانون في ضرورة توفر الركن المعنوي اضافة الى الركن المادي في المسؤولية الجنائية والمدنية العقدية والتقصيرية غير المباشرة.

الخطأ الجنائي والخطأ المدني[2]:

الخطأ الجنائي: هو الاخلال بواجب حدده قانون العقوبات.

والخطأ المدني: هو الاخلال بواجب حدده القانون مطلقا، مدنيا أو جنائيا، بصورة مباشرة أو غير مباشرة[3].

وبناءا على ذلك كلما تحقق الخطأ الجنائي يتحقق المدني، لأنه يصدق عليه أنه إخلال بواجب قانوني دون العكس الكلي، فقد يتحقق الخطأ المدني دون الجنائي.

الخطأ العمد وخطأ الإهمال (أو الخطأ غير العمدي):

الخطأ العمد: هو الإخلال بواجب قانوني مع قصد الإضرار بالغير[4].

خطأ الإهمال: هو الإخلال بواجب قانوني بدون قصد الإضرار بالغير. ويعرفه علماء القانون الجنائي بأنه الإخلال بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون[5].

الخطأ الجسيم والخطأ اليسير (أو التافه):

الخطأ الجسيم: عرّفته المادة الرابعة من قانون إصابات العمل المصري[6] بأنه الخطأ الذي

---

[1] كما في المادة (١٨٦) في المدني العراقي: (١-اذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا اذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى).

[2] لمزيد من التفصيل ينظر اصول الالتزامات، للاستاذ مرقس: ص٢٧٦ وما يليها.

[3] مثال غير المباشر كإلزام القانون كل انسان بأن يحترم حق غيره وأن لا يتعدى عليه.

[4] ويستعين القاضي في معرفة هذا القصد بظروف القضية.

[5] الموجز في شرح قانون العقوبات- القسم العام، الدكتور محمود نجيب حسني: ص٥٢٨.

[6] اصول الالتزامات، المرجع السابق: ص٢٧٥.

يقع من شخص قليل الذكاء والعناية، بحيث لا يتصور وقوعه الا من شخص عديم الاكتراث.

الخطأ اليسير (أو التافه): هو ما لا يمكن تحاشيه الا ببذل عناية فائقة. ونصّت المادة (٢٤) من قانون الولاية على المال المصري[1] على أن الأب لا يسأل الا عن خطئه الجسيم.

العقد:

عرّفته المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران والمادة (٧٣) من المدني العراقي القائم بأنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه). واقترح إضافة (والعاقد) لأن آثار العقد حقوق والتزامات، فالحقوق آثار تظهر في المعقود عليه والالتزامات أيضا آثار تظهر في العاقد.

أقسام العقد:

ينقسم العقد بحيثيات مختلفة الى أقسام متعددة[2]، كما في الإيجاز الآتي، منها ما يلي:

أولا- من حيث التنظيم القانوني:

١. عقد مسمى: هو العقد الذي خصه المشرع باسم معين ووضع له تنظيما قانونيا معينا.
٢. عقد غير مسمى: هو عقد لم يخصه المشرع باسم معين ولم يخضعه لتنظيم قانوني خاص به.

وجميع العقود التي نتناولها في التقسيمات الآتية تعد من العقود المسماة.

---

[1] رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢.

[2] لمزيد من التفصيل بصدد أقسام العقد ينظر المراجع الآتية:

الوسيط للسنهوري ١/١٦٢ وما يليها.

والنظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الاستاذ الدكتور حسن الذنون: ص٤٢ وما يليها.

والنظرية العامة للإلتزام في القانون المدني المصري، الاستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوي.

ونظرية الالتزام، الدكتور عبد الحي حجازي ١/٨٦-١٣٠.

واصول الالتزامات، الاستاذ مرقس: ص٣٦ – ٥٢.

والنظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام، الدكتور توفيق حسن فرج ١/٣٥-٤٧.

ونظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الدكتور محمد جلال الدين زكي: ص٢٠-٢٤.

ومباديء الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدكتور رمضان أبو السعود: ص٣٢-٤٥.

ثانيا- من حيث الانعقاد:

١. رضائي: وهو الذي يكفي لانعقاده توفر تراضي العاقدين، واغلب العقود في القوانين الحديثة والفقه الإسلامي رضائية.

٢. شكلي: هو الذي لا ينعقد ما لم يتم إفراغ التراضي في شكل معين يحدده القانون كالتصرفات التي تنصب على العقارات في القانون العراقي[(١)].

٣. عيني: وهو عند علماء القانون العقد الذي لا ينعقد بتوفر التراضي ما لم يتم تسليم موضوع العقد فيه، كعقد الرهن الحيازي والاعارة والوديعة والهبة والقرض.

وقد اتهم الفقه الإسلامي بأنه غرق في العقود العينية. ولكن الراجح في هذا الفقه هو ان العقود المذكورة تنعقد قبل التسليم وتنشئ الالتزامات بمجرد التراضي لآيات قرآنية، منها قوله تعالى ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولاً﴾[(٢)]، لكن لا تنشئ الحقوق الا بعد التسليم فهي تعد نوعا وسطا بين الرضائية والشكلية[(٣)]، لذا يقال لا يتم (أي لا يتم من حيث الآثار) الا بالتسليم، ولا يقال لا ينعقد وإنما يقال لا يتم، كما في المادة (٦٠٣) من المدني العراقي: (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض).

---

(١) م٥٠٨ المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، و م٣ قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة١٩٧١.

(٢) سورة الاسراء / ٣٤.

(٣) في القبض في الرهن جاء في الفقه الحنفي بداية المبتدى بشرح الهداية ١٢٤/٤: (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض).

وفي الفقه المالكي (الشرح الصغير ١٠٤/١): (ولزم الرهن بمعنى العقد بالقبول وللمرتهن مطالبة الراهن ويقضى له به).

وفي الفقه الحنبلي (المغنى ٢٦٤/٤): (وقال بعض أصحابنا فاذا كان مكيلا أو موزونا لا يلزم رهنه الا بالقبض. وفيما عداهما روايتان احداهما لا يلزم الا بالقبض والاخرى يلزم بمجرد العقد كالبيع وقد نص أحمد على هذا في روايته).

وفي الفقه الزيدي (الروض النضير ٢٤/٤): (وقال الناصر ومالك والأوزاعي وأبو ثور لا يشترط القبض ولا دليل في الآية عليه لأن المراد المبالغة بالاستيثاق).

وفي فقه الامامية (شرائع الإسلام ٦٦/١): (هل القبض شرط فيه قيل لا وقيل نعم) وكذلك القبض في الهبة فهو ليس ركنا ولا شرطا لصحتها في الراجح عند فقهاء الشريعة وكذلك في بقية العقود التي تسمى العينية.

ينظر مؤلفنا الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية المدنية: ص٢٠١ ومايليها.

ثالثا- من حيث الإلزام والالتزام:

١. ملزم للجانبين (العقد التبادلي) هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من العاقدين، فيكون كل منهما دائنا ومدينا في ذات الوقت كعقد الاجارة.

٢. ملزم لجانب واحد (عقد غير تبادلي) هو الذي لا ينشئ الالتزام الا في جانب أحد العاقدين دون الآخر، فيكون أحدهما دائنا غير مدين والآخر مدين غير دائن كعقد الهبة فالواهب مدين والموهوب له دائن.

رابعا – من حيث معرفة العلم بما يعطيه ويأخذه كل من العاقدين:

١. محدد: وهو العقد الذي يعرف كل من العاقدين مقدما مقدار ما يعطيه للآخر ومقدار ما يأخذه منه كالبيع بثمن محدد.

٢. احتمالي: هو الذي لا يستطيع كل من طرفيه وقت العقد معرفة ما يأخذ ومقدار ما يعطي، بل يتوقف ذلك على حادثة غير محققة أو غير معينة وقت وقوعها كعقد التأمين وكبيع عقار بمرتب لمدى الحياة.

خامسا- من حيث دور عنصر الزمن:

١. فوري: هو الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا في تعيين محله ولو كان له دخل في تعيين أجل تنفيذه كعقد البيع.

٢. مستمر وزمني (أو عقد مدة): هو العقد الذي يدخل الزمن في تعيين محله كعقد الاجارة.

سادسا- من حيث طبيعة القانون الذي يحكمه:

١. عقد مدني: هو الذي يخضع للقانون المدني.

٢. عقد تجاري: هو الذي يحكمه القانون التجاري.

٣. عقد إداري: هو الذي يحكمه القانون الإداري.

سابعا – من حيث العوض:

١. عقد معاوضة: وهو الذي يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما أعطى كالمقايضة والإيجار.

٢. عقد تبرع: هو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي كعقد الهبة والعارية.

ثامنا- من حيث المفاوضات:

١. عقد إذعان: هو العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط غير قابلة للمناقشة والتعديل[1].
٢. عقد مساومة حرة: هو بعكس عقد الإذعان لكل من طرفيه حرية المفاوضة ومناقشة الشروط وتعديلها.

تاسعا- من حيث المحل:

١. يرد على المنفعة كعقد الإعارة، وهبة المنفعة أو الوصية بالمنفعة، وعقد الإجارة.
٢. يرد على الأعيان كعقد البيع، والمقايضة، وعقد التوريد[2]، وعقد الصلح.
٣. يرد على العمل كعقد المقاولة.

عاشرا- من حيث الأصالة:

١. عقد أصلي: وهو العقد الذي يكون وجوده مستقلا غير مستند الى عقد آخر كالعقود المذكورة.
٢. عقد تبعي: وهو العقد الذي لا يكون مستقلا بذاته وانما هو يستند الى علاقة قانونية سابقة فيعتبر تابعا لها كعقد الكفالة وعقد الرهن.

حادي عشر- من حيث الماهية:

١. عقد بسيط: هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجا من عقود متعددة كالبيع.

---

[1] الأصل ان المتعاقد يملك حرية مناقشة الشروط لكن نتيجة توسع نطاق دائرة النشاط الاقتصادي وظهور الشركات الاحتكارية أصبح أحد طرفي العقد يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما بحيث يقتصر دور الأخر أما على قبول الصفقة كلها برمتها أو رفضها دون حق طلب تعديل الشروط لتعلق التعاقد بمرفق لا غنى عنه كالعقود الخاصة بتوريد الكهرباء أو الماء أو الهاتف أو نحو ذلك.

[2] هو أن يتعهد المورد بأن يجهز المورد اليه خلال مدة محددة ببضاعة معينة على دفعات متعاقبة في مواعيد محددة مقابل التزام المورد اليه بدفع ثمنها له.

٢. عقد مركب: هو ما كان مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعا فأصبحت عقدا واحدا كعقد الفندقة، فهو ايجار بالنسبة للسكن وبيع بالنسبة للأكل وعمل بالنسبة للخدمة ووديعة بالنسبة للأمتعة.

ثاني عشر- من حيث وصفه القانوني له تقسيمات ثلاثية ورباعية وخماسية:

أ- التقسيم الثلاثي: وقد تبناه الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به[1].

١. العقد الصحيح: وهو ما توفرت أركانه وشروطه وسلمت من العيوب.

٢. العقد الباطل: وهو ما تخلف فيه ركن من أركانه أو كان معيب المحل أو السبب.

٣. العقد القابل للإبطال (الباطل بطلانا نسبيا): وهو الذي توفرت أركانه وشروطه واختل فيه ركن الرضا.

ويلاحظ أن في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به في هذا النوع الأخير تناقضا واضحا بين القول بأنه عقد غير صحيح وبين القول بأنه ينتج جميع آثاره، وكذا بين كون الاجازة بأثر رجعي (م١٣٩) المدني المصري، وبين ترتب جميع الآثار وقت إبرام العقد. وكذا في اعتبار عقد الفضولي قابلا للإبطال رغم أنه لا تترتب عليه جميع الآثار الا بعد الإجازة في حين ان العقد القابل للإبطال تترتب عليه جميع الآثار[2].

ب- التقسيم الرباعي: وقد تبناه جمهور فقهاء الشريعة.

١. العقد الباطل: هو كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.

٢. العقد الصحيح: هو كل عقد توفرت فيه أركانه كافة وشروط صحته وينقسم إلى:

أ. العقد الموقوف: وهو الذي ينعقد صحيحا ولكن لا تترتب عليه الآثار من الحقوق والالتزامات الا بعد إجازة ممن له حق الإجازة.

ب. والأسباب الرئيسة لتوقف العقد ثلاثة: أما عدم الولاية على نوع التصرف كعقد ناقص الأهلية، أو عدم الولاية على محل العقد كعقد الفضولي، أو

---

[1] كالمدني المصري المواد (٨٩-١٤٤) والسوري المواد (٩٢-١٤٥) والكويتي المواد (٣٠-١٩٢).
[2] الاستاذ مرقس، أصول الالتزامات: ص٢٣٥.

لتعلق حق الغير بموضوع العقد كالوصية بأكثر من ثلث التركة فهي موقوفة بالنسبة للزيادة على إجازة الورثة بعد وفاة الموصي.

ج. العقد النافذ غير اللازم: هو عقد توفرت فيه أركانه وشروطه ولكنه معرض للفسخ لذاته[١] أو لعارض[٢].

د. العقد النافذ اللازم: هو العقد الذي توفرت فيه شروط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم.

ج- التقسيم الخماسي: وقد تزعمه فقهاء الحنفية[٣].

١. الأقسام الأربعة المذكورة.

٢. العقد الفاسد: هو العقد الذي يكون مشروعا بأصله وغير مشروع بوصفه.

أسس فساد العقد عند الحنفية ثلاثة:

الأساس الأول- التفرقة بين الاختيار والرضا: فالاختيار مباشرة السبب بإرادة حرة مدركة، والرضا هو الرغبة في ترتب الآثار على ما بوشر من السبب[٤].

فقالوا: الاختيار والرضا ركنان معنويان للعقد فاذا تحققا معا صح العقد، واذا تخلفا معا بطل العقد، واذا تحقق الاختيار وفسد الرضا فسد العقد كعقد المكره.

وقال الجمهور: لا فرق بين الاختيار والرضا. وفي الفقه الغربي يقابل الاختيار إرادة التعبير ويقابل الرضا إرادة الأثر[٥].

---

[١] العقد القابل للفسخ بالارادة المنفردة لذاته بالنسبة للعاقدين كعقد الوكالة ، والاعارة وبالنسبة لأحدهما فقط كعقد الرهن لازم بالنسبة للمدين الراهن وغير لازم بالنسبة للدائن المرتهن ، وعقد الكفالة لازم بالنسبة للكفيل وغير لازم بالنسبة للمكفول له.

[٢] العقد غير اللازم لسبب عارض كعقد فيه خيار العيب أو الشرط أو الرؤية أو نحو ذلك وكعقد يشوبه عيب من عيوب الارادة لكن المشرع العراقي اعتبر عيوب الارادة من أسباب توقف العقد.

[٣] في العقد الفاسد ينظر المراجع الحنفية الآتية: البدائع ٧/٣٠٨٠ ومايليها. وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/٤٣ وما يليها. وفتح القدير لإبن الهمام ٦/٤٠٠.

[٤] شرح التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود ٢/١٩٦. كشف الأسرار على أصول البزدوي (علي بن محمد البزدوي) ٤/٣٨٣.

[٥] الدكتور وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ط/١٩٦٠: ص٤٤٤ وما يليها.

الأساس الثاني- التفرقة بين النهي عن العقد لذاته (أي لركن من أركانه) كأن يكون محل العقد غير قابل للتعامل، والنهي عنه لوصفه اللازم كالعقد الربوي فوصفه اللازم عبارة عن الفائدة الربوية.

فالعقد باطل عند الجمهور في الحالتين وفاسد عند الحنفية اذا كان النهي عنه لوصفه اللازم وباطل في النهي عنه لذاته[1].

الأساس الثالث- التفرقة بين أصل العقد ووصفه كما في الايضاح الآتي:

قالوا: عناصر العقد كما يؤخذ من تعريفه ثلاثة إجمالا (الصيغة، والعاقد، والمعقود عليه) وستة تفصيلا (الإيجاب والقبول، وطرفا العقد، والعوضان).

ولهذه العناصر شروط، وهي:

١. مطابقة الإيجاب والقبول.
٢. اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في العقد بين الحاضرين.
٣. تعدد العاقد حقيقة أو حكما[2].
٤. تمييز العاقد في المعاوضات والعقل في التبرعات.
٥. كون المحل معينا أو قابلا للتعيين.
٦. كون المحل قابلا للتعامل (متقوما).
٧. كون المحل قابلا للتسليم.

فهذه الشروط السبعة أصل العقد وشروط انعقاده فإذا تخلف واحد منها يكون العقد باطلا ولكن تحققها لا يكفي لصحة العقد بل هي باستثناء الثلاثة الأولى بحاجة إلى أوصاف تكملها كالآتي:

أ- التمييز أو العقل الذي يتركز عليه عنصر الرضا يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه فعقد المكره فاسد.

ب- كون محل العقد معينا أو قابلا للتعيين يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر فاذا كان في تعيينه غرر يكون العقد فاسدا.

---

[1] فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار للامام زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي، مطبعة البابلي، ١٩٣٦: ص٧٧ وما يليها.

[2] كأن يشتري الوكيل لنفسه ما وكل ببيعه بعد إذن الموكل.

ج- كون المحل قابلا للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين وهما خلوه من الربا فالعقد الربوي فاسد، وخلوه من الشرط الفاسد فالعقد المقترن بالشرط الفاسد فاسد.

د- كونه قابلا للتسليم يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر فكل تسليم يترتب عليه الضرر فاسد[1].

وبناء على ذلك تكون الأسباب الرئيسة لفساد العقد عند الحنفية خمسة وهي: الإكراه، والغرر، والضرر، والربا، والشرط الفاسد.

ولكن في رأينا ان الربا يدخل ضمن الشرط الفاسد فلا مبرر لاعتباره سببا مستقلا.

وبنى فقهاء الحنفية على ما ذكر قولهم بأن العقد الباطل هو عقد غير مشروع بأصله ووصفه، والعقد الفاسد هو المشروع بأصله دون وصفه.

ويروى[2] أن أبا حنيفة قال في تعليل التمييز بين الباطل والفاسد: لو اعتبر المشروع بأصله دون وصفه باطلا للزمت التسوية بين غير المشروع بأصله ووصفه والمشروع بأصله دون وصفه وهذا خلاف العقل والمنطق.

ولو اعتبر صحيحا للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه والمشروع بأصله دون وصفه وهذا أيضا خلاف العقل والمنطق.

وتظهر أهمية هذا التمييز في ان سبب فساد العقد اذا ازيل يتحول العقد تلقائيا الى الصحيح، بخلاف الباطل فإزالة سبب البطلان لا يحوله الى الصحيح، لذا قال العلامة السنهوري: وقد أثنى فقهاء القانون على صنيع أبي حنيفة لأنه ينقذ كثيرا من المعاملات المالية من الانهيار.

وجميع الأقسام المذكورة من حيث قبول الفسخ وعدمه تختلف بحسب طبيعتها:

- فمنها يجب فسخها ما لم يمنعه مانع، كالعقد الفاسد.
- ومنها يجوز فسخها بدون السبب، وهي العقود النافذة غير اللازمة، كعقد الوكالة.
- ومنها لا يجوز الفسخ فيها بدون السبب، وهي العقود النافذة اللازمة، كعقد البيع، وكل تصرف قانوني إذا كُيّف بأنه إسقاط لا يقبل الفسخ، كالإبراء.

---

[1] كما في الأموال المشتركة وهي غير قابلة للتجزئة.

[2] الفروق للقرافي ٢/٨٣.

وبعد هذا التمهيد نحاول أن نبين أن الالتزام برد غير المستحق على اساس زوال السبب يكون بعد زوال العقد بالفسخ والانفساخ والإبطال.

وقد اختلف فقهاء القانون المصريون في اضافة سبب رابع وهو انقضاء العقد بالتنفيذ على اتجاهين:

أحدهما- القول بأن العقد يزول ذاته وآثاره بالتنفيذ. وقد تزعم هذا الاتجاه المرحوم السنهوري[١] وتبعه الآخرون في مصر[٢] والعراق[٣]، فذهب الاستاذ السنهوري الى ان العقد يزول بالانقضاء والانحلال (الفسخ والانفساخ والإبطال) فقال: العقد الفوري ينقضي بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات، فالبيع مثلا ينقضي بنقل ملكية المبيع الى المشتري وتسلمه العين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الاخرى، وكل هذه الالتزامات عندما يحل وقت الوفاء بها تنفذ فورا جملة واحدة أو على أقساط. والعقد الزمني انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن، وانحلال العقد يكون بالفسخ والانفساخ والانحلال يرد على عقد ولد صحيحا، ثم ينحل بأثر رجعي أو دون رجعي، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح، ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال.

والثاني- ما ذهب اليه فريق آخر من ان زوال العقد يكون بالفسخ والانفساخ والإبطال ولا يزول بتنفيذه. وفي مقدمة هذا الفريق الاستاذ الدكتور سليمان مرقس حيث قال[٤] في التمييز بين انحلال العقد بالفسخ والانفساخ وبين انقضاء التزامات العقد ان انحلال العقد يقضي على وجود العقد ويمحو آثاره. اننا لا نستطيع أن نسلم بما ذهب اليه البعض[٥] من ان انقضاء الالتزامات الناشئة من العقد يعتبر طريقا من طرق انحلال العقد أو زوال ذلك، لأن أهم طرق انقضاء الالتزامات الوفاء. وما يقوم مقام الوفاء، ولأنه اذا كان تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد يؤدي الى انقضائها، فأنه لا يؤثر في كيان العقد ووجوده، بل يظل العقد قائما رغم انقضاء جميع الالتزامات

---

[١] في كتابه الوسيط ١/٧٧٦ وما يليها، بند ٤٥٦ و٤٥٧.

[٢] مثل الدكتور أنور سلطان، مصادر الالتزام: بند ٣٤٨، والدكتور حشمت أبو ستيت:ص٣٦٠.

[٣] مثل الدكتور عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ١/٤٢٠ بند ٧٢٢.

[٤] في كتابه اصول الالتزامات: ص ٣٠٦، ، ويتفق معه الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٣٩٤ بند ٣٦٠.

[٥] يقصد بهذا البعض الاستاذ السنهوري ومن تبعه في القول بزوال العقد بتنفيذه.

الناشئة منه بطريق الوفاء. ويبقى سندا لما ترتب عليه من التزامات وحقوق ولصحة الوفاء بما تم تنفيذه من هذه الالتزامات.

ويبدو لي ان المرحوم السنهوري ومن تبعه على الصواب بالنسبة لعقد المدة، لأنه ينتهي بانتهاء الزمن المحدد له، والزمن عنصر جوهري في عقد المدة وجزء منه والكل يزول بزوال جزئه بلا خلاف.

أما بالنسبة للعقد الفوري، فالاتجاه الثاني هو الأقرب الى الواقع، فكيان العقد يبقى بعد تنفيذه حجة بيد المشتري ضد تعرض البائع أو دعوى الاستحقاق دائما في المستقبل، بناء على القاعدة الاصولية التي تقضي بأنه اذا ثبت حكم بدليل شرعي في الماضي يبقى ثابتا بالنسبة للمستقبل استصحابا ما لم يثبت دليل على خلاف ذلك.

وبهذا تكون الأسباب الرئيسة لزوال العقد في القانون ثلاثة، الفسخ والانفساخ والإبطال.

وفي الفقه الاسلامي اثنان الفسخ والانفساخ وكل ما يعتبره القانون ابطالا يندرج تحت مفهوم الفسخ.

وبناءً على ذلك، تقسّم دراسة موضوع الفصل الثالث من الناحية الشكلية الى ثلاثة مباحث، يخصص: الأول للفسخ، والثاني للانفساخ، والثالث للابطال[1].

---

[1] وتأخير الابطال خلافا للترتيب القانوني كان لأجل مقارنته بالفسخ في الفقه الاسلامي.

المبحث الأول

فسخ العقد

الفسخ في اللغة ورد بعدة معان أقربها الى المعنى الاصطلاحي هو النقض، يقال فسخ الشيء أي نقضه[١]، وفي الاصطلاح القانوني عرف بتعريفات متعددة[٢] كلها تدور حول محور واحد وهو حل الرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. وفي اصطلاح الفقه الإسلامي هو حل ارتباط العقد[٣].

والتعريف الذي اختاره هو ان الفسخ حل الارتباط التعاقدي لسبب يبرره.

وتوزع دراسة الفسخ من الناحية الشكلية على أربعة مطالب: الأول لتطوره، والثاني للمصطلحات ذات الصلة به، والثالث لشروطه وأسبابه، والرابع لأنواعه وآثاره.

---

[١] الصحاح في اللغة والعلوم: مادة فسخ.

[٢] منها تعريف الفقيه الفرنسي بلانيول بأنه انتهاء العقد بأثر رجعي نتيجة سبب غير البطلان المقارن لانعقاده، نقلاً عن الاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ: ص٢٣.
ويلاحظ على هذا التعريف بأنه معيب من أوجه منها: ان الفسخ ليس بانتهاء العقد وانما هو إنهاء العقد، والإنهاء كالفسخ فعل والانتهاء انفعال وهما مقولتان متباينتان، ثم ان الفسخ ليس دائما بأثر رجعي.
ومنها تعريف الاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت في كتابه نظرية الالتزام في القانون الجديد (ص٣٣٩) بأنه حق كل متعاقد في عقد تبادلي في أن يطلب –متى تخلف المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه– حلّ الرباط التعاقدي ليتحلل هو مما فرضه عليه العقد.
ويتفق معه في هذا التعريف الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، مصادر الالتزام: ص٣٢٣
والاستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٣٩٦.
وهذا التعريف ايضا معيب لأن الفسخ ليس حق طلب حل الرباط وانما الحل نفسه، ولأن الحق قد لا يستعمل وقد يستعمل ولا يحصل الفسخ.

[٣] الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣١٣.

المطلب الأول
تطور فسخ العقد

الفسخ في القانون الروماني [٤]

لم يكن الفسخ معروفا في هذا القانون حيث لم يكن يعنى بوجود التقابل بين التزامات المتعاقدين في العقد التبادلي وقت التنفيذ[٢]، إذ لم يكن باستطاعة البائع استرداد المبيع اذا لم يف المشتري بدفع الثمن. ولتفادي هذا النقص جرى العمل على وضع شرط مقتضاه فسخ البيع بقوة القانون اذا لم يقم المشتري بتسديد الثمن في الوقت المحدد.

الفسخ في القانون الكنسي[٣]

ان المصدر الحقيقي لنشأة الفسخ في القانون هو القانون الكنسي، وقد ظهرت هذه الفكرة في هذا القانون طبقا للقاعدة التي نادى بها فقهاؤه رغبة منهم في توفير الوفاء بالوعد وهي عدم الالتزام باحترام الوعد في مواجهة من لم يحترم وعده.

الفسخ في القانون الفرنسي[٤]

لم يعد الشرط الفاسخ الصريح أو الضمني[٥] المذكور حصرا في البيع -كما في القانون الروماني- بل أصبح عاما في القانون الفرنسي ليشمل كل عقد تبادلي، فاذا تحقق الشرط بأن لم يف أحد العاقدين بتنفيذ التزامه فسخ العقد عن طريق القضاء، طبقا للمادة (١١٨٤).

---

(١) د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق: ص٣٢٩.

(٢) وانما يعنى به حين إنشاء العقد.

(٣) الدكتور محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري: ص١٨٤، هامش(١).

(٤) المرجع السابق.

(٥) الشرط الفاسخ الصريح يحول دون استخدام القاضي سلطته التقديرية، فلا يملك الا الحكم بالفسخ، وكذا يحرم المدين من تفادي وقوع الفسخ بعرض تنفيذ الالتزام، بخلاف الشرط الفاسخ الضمني، كما يأتي بيان ذلك.

الفسخ في الفقه القانوني الحديث

ذهب فقه القانون الحديث في العالم العربي الى تضييق نطاق الفسخ وتحديد مجال تطبيقاته بما يتعارض مع الواقع العملي، وفي مقدمة فقهاء القانون الذاهبين الى هذا التحديد، المغفور له العلامة السنهوري، حيث يقول: (لا يكون الفسخ الا في العقود الملزمة للجانبين، ولا يكون الفسخ الا اذا لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، ولا يكون الفسخ الا اذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وقادرا على اعادة الحال الى اصلها)[١].

وتبعه اكثر فقهاء القانون في مصر وغيرها واستنتجوا هذا الحصر من المادة (١٥٧) من المدني المصري التي نصّت على انه: (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او فسخه مع التعويض في الحالتين اذا كان له مقتض)، في حين ان هذه المادة لا يفهم منها الحصر المذكور ولا ما يمنع الفسخ لسبب اخر وفي حالات اخرى.

الفسخ في الفقه الإسلامي

عرّف هذا الفقه الفسخ بمفهوم أدق وفي نطاق أوسع ولأسباب كثيرة كما يأتي بيان ذلك في محله، حيث يستنتج من هذا الفقه في جميع المذاهب ان الفسخ نقض تصرف قانوني (او شرعي) قائم لسبب يبرره[٢]، سواء كان هذا السبب سابقا على العقد أو مقارنا له أو حادثا بعده، وحصر السبب في عدم تنفيذ أحد العاقدين يتعارض مع المنطق اللغوي العربي.

تكييفه:

كيَّفه فقهاء القانون بتعابير واتجاهات مختلفة، منها:

١. أن الفسخ جزاء، لأن نظرية الفسخ ترجع الى القانون الكنسي الذي جاء بمبدأ وجوب احترام الوعد المقطوع، لذا يكون للعاقد الذي نفذ التزامه الحق في أن يطلب من القاضي أن يحله من العقد اذا امتنع العاقد الآخر عن الوفاء بما تعهد به[٣].

---

[١] الوسيط ٧٧٨/١ وما يليها.

[٢] سواء كان التصرف عقدا أو ارادة منفردة ويأتي تفصيله بإذن الله في المبحثين القادمين.

[٣] الدكتور أنور سلطان، مصادر الالتزام ٤١١/١.

الاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات ص١٣٥.

٢. انه جزاء يحمي القوة الملزمة للعقد[١].

٣. انه ذو طبيعة مزدوجة، فهو بالنسبة للدائن وسيلة من وسائل الضمان أسبغتها القوانين على من يملك حق الفسخ، حتى يستطيع بواسطته المحافظة على حقوقه بعد أن أصبحت عرضة للضياع بفعل المتعاقد معه، وبالنسبة للمدين جزاء قانوني لامتناعه عن التنفيذ أو لإخلاله به[٢].

وهذا التكييف الأخير هو الراجح لأنه يتفق مع المنطق القانوني.

أساسه:

اختلف فقهاء القانون في تحديد هذا الأساس على آراء، منها:

١- ذهب بعضهم إلى إن أساس الفسخ هو فكرة السبب التي مفادها ان أحد المتعاقدين ما دام لم يقم بما عليه فقد فوت على المتعاقد الآخر غرضه من العقد، وحق لهذا أن يتحلل مما فرض عليه العقد[٣].

وبتعبير آخر ان الأساس هو نظرية السبب، فعدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه يجعل التزام المتعاقد الآخر بغير سبب، فله أن يتحلل منه عن طريق فسخ العقد. وعلّل بعض[٤] هذا الاتجاه بان الفسخ لم يكن موجودا في القانون الروماني، لأنه لم يعرف فكرة السبب التي بني عليها تقابل الالتزامات في العقود المتبادلة، وهذا هو الرأي الذي يقول به كثير من الفقهاء في فرنسا وأغلب الفقه في مصر[٥].

الاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ص٣٤٠ وفيه: (ان الفسخ ليس في حقيقته الا جزاء على تقصير المتعاقد).

[١] الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٣٩٦.
الدكتور حشمت أبو ستيت، المرجع السابق: ص٣٣٨.

[٢] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني:ص٢٤.

[٣] الاستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط ٧٨٣/١.
الاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق: ص٣٤٠.
الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق.

[٤] الاستاذ الدكتور لنور سلطان، مصادر الالتزام ٤١١/١.

[٥] الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق.

٢- وذهب المشرع الفرنسي (م١١٨٤) الى ان الأساس شرط ضمني فاسخ حيث يفترض ان طرفي العقد اتفقا ضمنا على شرط مقتضاه فسخ العقد اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه[١].

وانتقد هذا الاتجاه من أوجه منها:

أ. هذا مبني على افتراض إرادة لا وجود لها في أغلب الأحوال، اذ الغالب هو عدم توقع عدم التنفيذ حين إنشاء العقد حتى تنصرف ارادتهما الى تحديد نتائجه مقدما.

ب. لا يتفق مع قواعد القانون في الفسخ، لأنه لو صح لوقع الفسخ تلقائيا، لكنه لا يقع ذلك لدى صاحب هذا الاتجاه الا بحكم قضائي[٢].

ج. ان الشرط الفاسخ اذا تحقق اقتصر أثره على محو العقد بأثر رجعي ومعلوم. ان الحكم بالفسخ ينتج أثرين وهما محو العقد وإمكان الحكم بالتعويض.

٣- ويرى بعضهم[٣] ان أساس الفسخ هو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وهذا الرأي قريب من الرأي الأول.

٤- وقال بعض[٤] ان الأساس هو الاخلال بالتعادل المقصود من الفريقين في العقد الملزم للجانبين، وهذا الرأي قريب من الرأي القائل بأن الأساس يرجع الى فكرة العدالة.

٥- يقول استاذنا الدكتور حسن الذنون[٥] ان الأساس هو تخلف عنصر التراضي الذي هو من أهم عناصر العقد الذي نص عليه القرآن في قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ

الاستاذ الدكتور عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام ٣٦٠/١، وفيه: (ان الأساس الصحيح لنظرية الفسخ هي نظرية السبب باعتباره عنصرا فنيا وقديما قرب دوما وبوتييه نظرية الفسخ من نظرية السبب).

[١] الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق.

[٢] الاستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٣٩٨.

[٣] الاستاذ الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ٣٠١/١. والاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام ٤٢٣/١.

[٤] الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٥.

[٥] النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني: ص٧٣.

﴿لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١]، وأزيد هذا الرأي لتخلف الرضا بتخلف تنفيذ الالتزام من أحد العاقدين وهو مطلوب حين ابرام العقد وحين تنفيذه.

المطلب الثاني
المصطلحات ذات الصلة بالفسخ

هناك مصطلحات لها صلة بالفسخ في بعض الجوانب، لكنها قد تختلف عنه من جوانب اخرى، ومنها ما يلي:

الفسخ والإقالة :

الإقالة في اللغة الرفع مطلقا، وفي الاصطلاحين الفقهي والقانوني رفع العقد وإزالته برضاء الطرفين. وقد نص المشرع العراقي (م١٨٣) من المدني على ان الإقالة فسخ في حق المتعاقدين وعقد جديد في حق الغير، وهذا هو رأي أبي حنيفة[٢] والشافعية[٣] وبعض الحنابلة[٤] شأنها شأن الرد بالعيب. وقد أدرج القانون المدني الفرنسي الإقالة ضمن ما يعد فسخا في المادة ١٦٥٩ وما يليها، دون التطرق للتفرقة بين العاقدين والغير، وبهذا يتفق مع اتجاه محمد الشيباني صاحب أبي حنيفة[٥].

وذهب بعض الفقهاء كالمالكية[٦] الى ان الإقالة بيع جديد بتراض جديد بين العاقدين.

وقد ورد الاختلاف نفسه في تكييف الإقالة لدى فقهاء القانون.

---

[١] سورة النساء / ٢٩.

[٢] في تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/٧٠: (هو فسخ في حق المتعاقدين وبيع في حق ثالث وهذا عند أبي حنيفة).

[٣] مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٩٦.

[٤] المغني لإبن قدامة ٤/١٢١.

[٥] تبيين الحقائق ٤/٧١.

[٦] الشرح الصغير للدردير ٢/١٨٦ وما يليها.

ثمرة الخلاف:

إذا كيفت بأنها فسخ في حق المتعاقدين تترتب على هذا التكييف النتائج التالية:

١. يجب على البائع رد الثمن الأول وما سميا بخلافه يكون باطلا.

٢. اذا كانت فسخا لا تبطل بالشروط الفاسدة المقترنة بها ولو كانت بيعا في حق المتعاقدين لفسدت.

٣. اذا تقايلا ولم يسترد البائع المبيع حتى باعه منه ثانياً جاز، ولو كانت بيعا لفسد لعدم جواز بيعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز، لأنه بيع جديد في حق غيرهما.

٤. اذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة وقبل القبض جازت الهبة، ولو كانت بيعا لانفسخ، لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض.

٥. لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن، ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه، ولو كان بيعا لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن.

وهناك خمس فوائد اخرى تترتب على تكييفها بالبيع في حق غير المتعاقدين[١] وأهملت ذكرها استبعادا للتطويل.

الفسخ والرجوع عن الهبة [٢] :

للواهب الرجوع عن الهبة وهو كالفسخ إزالة لتصرف قانوني قائم، بل يقول الكاساني[٣]: الرجوع فسخ بعد تمامه. ولا يكون الرجوع عن الهبة بعد القبض بأثر رجعي، فما حصل في الموهوب من الزيادات والمنافع تكون للموهوب له، لأنها حصلت في ملكه.

للرجوع عن الهبة مبررات[٤] وموانع[٥]. وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في شروط

---

[١] ينظر: تبيين الحقائق، المرجع السابق ٤/٧٢.

[٢] المواد (٦٢٠ – ٦٢٥) من المدني العراقي.

[٣] في البدائع ٨/٣٧٠٠: (الرجوع فسخ العقد بعد تمامه).

[٤] من المبررات إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو بأن يصبح الواهب عاجزا عن توفير معيشة لائقة به أو عاجزا عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير ونحو ذلك.

[٥] من الموانع: زيادة متصلة موجبة لزيادة القيمة، وموت احد العاقدين، وتصرف الموهوب له في الموهوب تصرفا مزيلا للملكية وغير ذلك من الموانع الواردة في (م٦٢٣) من المدني العراقي.

الهبة والرجوع عنها ولا مبرر لاستعراضها[1].

وفي الفقه الاسلامي الرجوع عن الهبة فسخ حيث يصدق عليه أنه نقض رباط تعاقدي لما يبره[2].

الفسخ والخلع :

الخلع اتفاق الزوجين على الطلاق مقابل عوض تلتزم الزوجة أو من ينوب عنها بدفعه للزوج واختلف فقهاء الشريعة في تكييفه.

أ- فمنهم من قال أنه يكيف بالفسخ استنادا الى أدلة منها:

١. قال تعالى ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ الآية ثم قال ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾[3]، وقد ذكر الخلع بينهما فقال ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ الآية، ولو كان الخلع طلاقا لزاد عدد الطلاق وأصبح أربعا وهو خلاف الإجماع.

٢. فرقة الخلع خالية عن صريح الطلاق وعن نيته، فتكون فسخا كسائر الفسوخ من الردة والتفريق لعدم الكفاءة ونحوهما.

ب- ومنهم من ذهب الى انه يكيف بالطلاق لأدلة منها:

١. حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس: ((اقبل الحديقة التي كانت مهرا لها وطلقها تطليقة))[4]، وكان أمره دالا على إن الخلع طلاق.

٢. ان الخلع فرقة بعوض حاصلة من قبل الزوج فتكون طلاقا.

---

[1] ينظر: الأنوار في الفقه الشافعي ٦٦٢/١، والكاساني في الفقه الحنفي ٣٧١٢/٨، والمغنى لابن قدامة في الفقه الحنبلي ٦٦٩/٥، والمحلى في فقه الظاهرية ١٢٠/٩، وايضاح الفوائد في فقه الشيعة الامامية ٤١٥/٢، والروض النضير في فقه الشيعة الزيدية ٣٨١/٣.

[2] في البدائع (٣٧٠٠/٨) : (الرجوع فسخ العقد بعد تمامه).

[3] سورة البقرة /٢٢٩-٢٣٠.

[4] عن ابن عباس ﷺ قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الاسلام. فقال رسول الله أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، فقال رسول الله اقبل الحديقة وطلقها تطليقة. رواه البخاري والنسائي، نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٦/٦، والمراد بقولها ولكني أكره الكفر في الاسلام أي كفران العشير والتقصير فيما يجب له.

ثمرة الخلاف:

١- الخلع اذا كيف بالطلاق لا ينهي رابطة الزوجية حالا الا اذا كان الطلاق بائنا بخلاف الفسخ.
٢- عدة الفسخ حيضة واحدة بخلاف الطلاق.
٣- لا ينقص بالفسخ عدد الطلقات، فإذا استأنفا الحياة الزوجية بعقد جديد يبقى العدد الذي كان يملكه الزوج قبل الفسخ.

الفسخ والإعادة في بيع الوفاء :

نصّت (م ١١٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن بيع الوفاء هو بيع بشرط، أن البائع متى رد الثمن، يرد المشتري اليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز (النافذ غير اللازم)، بالنظر الى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد، بالنظر الى كون كل من الطرفين مقتدرا على الفسخ، وفي حكم الرهن، بالنظر الى انه لا يقدر المشتري على بيعه الى الغير. فرد الثمن فسخ ولكن ليس له الأثر الرجعي، وعلى المشتري رد المبيع، ولكن الزيادات والمنافع التى قبل الفسخ حصلت في ملكه فهي له.

وفي اعتقادنا المتواضع انه بيع معلق على شرط فاسخ، فاذا تحقق الشرط حصل الانفساخ فهو أقرب اليه من الفسخ، وقد اعتبره المشرع الفرنسي فسخا في القانون المدني، الجزء الثاني- الباب الثالث، في لغو البيع وفسخه المادة (١٦٧٣)، وبذلك يعتبر متأثرا بمذهب أبي حنيفة في الأخذ ببيع الوفاء غير أنه خلط بين بيع الوفاء والإقالة في المادة (١٦٥٩).

الفسخ والإلغاء (الإنهاء بإرادة منفردة) [١] :

الإلغاء ما يحدث عندما يرخص العقد أو القانون لأحد المتعاقدين في أن يستقل بوضع حد للعقد، فيزول العقد بالنسبة للمستقبل، دون أن يكون لذلك أثر بالنسبة للماضي[٢]، وهذا يشبه الفسخ بنصّ القانون كما يأتي في أنواع الفسخ.

---

[١] الدكتور حشمت أبو ستيت المرجع السابق: ص٣٥٦.
[٢] م٦٣ ٥ المدني المصري، م٥٣١ المدني السوري، ٥٦٢ المدني الليبي، م٥٩١ المدني اللبناني.

الفسخ والانتهاء :

يشتركان في ان كل واحد منهما سبب لزوال العقد ولكنهما يختلفان في أمور منها:

١. الفسخ فعل والانتهاء انفعال وهما مقولتان مختلفتان.
٢. الفسخ يكون دائما لخلل بخلاف الانتهاء.
٣. الفسخ يكون في العقد الفوري وعقد المدة، بينما الانتهاء دائما يكون في عقد المدة.

الفسخ والدفع بعدم التنفيذ :

الدفع بعدم التنفيذ يتلخص في ان كل متعاقد في عقد تبادلي يستطيع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه، فهو وسيلة دفاع ينحصر أثرها في وقف تنفيذ العقد، ولا يعد زوالا للعقد، لكن صلته بالفسخ هي ان وقف التنفيذ في عقود المدة خلال فترة معينة يترتب عليه النقص في الالتزام[1] من حيث الكم، ثم قد ينتهي الخلاف في المآل الى الفسخ.

الفسخ والإبطال :

الإبطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به هو انهاء عقد منتج لآثاره، ولكنه قابل للإزالة لوجود خلل، وهو يختلف عن الفسخ في امور جوهرية أهمها:

١. في الفسخ للقاضي سلطة تقديرية في رفض الدعوى أو تأجيلها الى الميسرة، بينما في الإبطال ليس للقاضي أية سلطة تقديرية، بل اذا طلب من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته وجب على القاضي الحكم بالإبطال.
٢. لا توجد فكرة الأثر الرجعي في القابل للإبطال، فاذا حصلت زيادة منفصلة في محل العقد القابل للإبطال، فهي تكون لمالك المحل قبل الإبطال.
٣. تتقرر القابلية للإبطال كجزاء على القواعد المتعلقة بتكوين العقد اذا كان الرضا معيبا أو في حالة نقص الأهلية[2] بخلاف الفسخ، وفي الفقه الاسلامي يعتبر الإبطال صورة من صور الفسخ كما يأتي تفصيله في المبحث الثالث.

---

[1] كما لو منعت مؤسسة الكهرباء التيار الكهربائي عن المستهلك خلال فترة معينة لامتناعه عن اداء التزامه نحوها. الاستاذ حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص: ٣٥٤—٣٥٥.

[2] النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام للاستاذ الدكتور توفيق حسن فرج ٢٠١/١.

الفسخ والبطلان:

الفسخ فعل ارادي وصِفة الفاعل (الفاسخ) سواء كان قضائيا أو اتفاقيا أو بارادة منفردة لأحد العاقدين، أما البطلان فهو صفة العقد كالصحة والفساد والتوقف واللزوم وعدم اللزوم وأثر لعدم توفر ركن أو شرط صحة، اذا كان البطلان مطلقا وأثر للإبطال اذا كان بطلانا نسبيا كالفسخ والانفساخ.

المطلب الثالث
شروط الفسخ وأسبابه

شروط الفسخ:

عند علماء القانون الذين يحصرون الفسخ في العقد الملزم للجانبين الذي يمتنع فيه أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه، تكون شروط الفسخ ثلاثة، وهي[١]:

١. أن يكون العقد ملزما للجانبين فلا يتصور الفسخ لعدم التنفيذ بالنسبة للعقد الملزم لجانب واحد، لأن الدائن الذي يشكو من عدم وفاء المدين بالتزامه، لا يكون ملزما بشيء ولا تكون له أية مصلحة في التحلل عن العقد واللجوء إلى الفسخ[٢].
٢. أن لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بأن لم يف به سواء كان عدم الوفاء كليا أو جزئيا أو وفى به ولكن الوفاء كان معيبا، فالفسخ عندئذ يتضمن معنى الجزاء، فلا يكفي أن يكون أحد العاقدين لم ينفذ التزامه، بل يجب ان يكون ذلك راجعا الى خطئه[٣].
٣. أن يكون طالب الفسخ منفذا التزامه أو كان مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه.

واعتبار الشروط ثلاثة انما هو من الناحية الإجمالية وأما تفصيلا فتضاف الى الثلاثة المذكورة شروط أخرى، أهمها:

أ. أن لا يكون لطالب الفسخ تقصير وتأخير في الوفاء بالتزامه فالمشتري المتأخر في دفع

---

[١] المدني العراقي م١٧٧، والمصري م١٥٧، والسوري م١٥٨، والليبي م١٥٩، واللبناني م٢٣٩-٢٤١.

[٢] الاستاذ الدكتور مرقس، اصول الالتزامات: ص٣١٠.

[٣] الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٦.

الثمن ليس له حق طلب الفسخ لعدم تسليم البائع المبيع.

ب. أن يكون طالب الفسخ قادرا بعد الفسخ على اعادة الحالة الى ما كان عليها العاقدان قبل العقد، فلا يجوز طلب الفسخ بعد تصرف المشتري في المبيع بالبيع لشخص آخر، لأن التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق نحو هذا الأخير يمنعه من استرداد المبيع من تحت يده ليرده الى من اشتراه منه[1].

ج. الإعذار ثم رفع الدعوى[2] يطلب فيها الفسخ، لأنه ليس للقاضي الحكم به من تلقاء نفسه، وبعد رفع الدعوى الحكم ليس حتميا بل يبقى للدائن الخيار بين الفسخ وطلب التنفيذ. والخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي[3].

د. أن يتم الفسخ بحكم قضائي أو اتفاق رضائي[4].

شروط الفسخ في الفقه الإسلامي :

يستنتج من تطبيقات فسخ العقد في الفقه الإسلامي ان أهم شروطه خمسة، وهي:

١. قيام تصرف قانوني (شرعي) قابل للفسخ.
٢. وجود مبرر ذاتي أو عارضي يبرر نقض هذا التصرف.
٣. طلب ذي العلاقة بالفسخ من القضاء اذا كان حكمه به ضروريا.
٤. عدم حدوث مانع من الفسخ.
٥. الحكم القضائي أو الاتفاق الرضائي اذا كان العقد نافذا ملزما للجانبين وامتنع أحدهما من تنفيذ التزامه.

---

[1] الاستاذ الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق ١/٤١٣-٤١٥.
الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٦.

[2] ولا ضرورة للأعذار في الحالات الآتية:
١- إذا أصبح الالتزام مستحيلا. ٢- إذا أصبح غير مجد بفعل المدين بفوات أوانه.
٣- إذا كان محله امتناعا عن عمل أتاه المدين. ٤-اذا صرح كتابة انه لا يريد القيام بالتزامه.
٥- اذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على فعل غير مشروع.
المدني العراقي م٢٥٨، والمصري م٢٢٠، والسوري م٢٢١، والليبي م٢٢٣، واللبناني م٢٥٨.

[3] الاستاذ المرحوم السنهوري، الوسيط ١/٤٥٧.
الاستاذ مرقس، اصول الالتزامات: ص٣١٢.

[4] الدكتور محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام ١/١٨٧.

أسـباب الفسـخ :

في القانون وفقه القانون العربيين المتأثرين بالفقه الغربي، مجال تطبيق الفسخ هـو العقـد الملزم للجانبين اذا لم يف أحدهما بما التزم به بموجب العقد، ولـذا ينحصـر سـبب الفسـخ في إخلال أحد العاقدين بالتزامه في عقود المعارضات الملزمة للجانبين.

ومن الفقهاء القائلين بالحصر المذكور العلامة السنهوري (رحمه الله) حيث قال: (لا يكون الفسخ الا في العقود الملزمة للجانبين... أما العقود التي لا يمكن أن تكون الا ملزمة لجانـب واحد كالوديعة والكفالة، فلا يمكن تصور الفسخ فيها... ولا يكون الفسخ الا اذا لم يقم أحـد المتعاقدين بتنفيذ التزامـه[1]، وتبعه كثير من فقهاء القـانون في مصـر،[2] مـع ان القـانون أجاز الفسخ لأسباب اخرى، منها نقص قيمة المبيع قبل التسليم. فقد نصت المادة (٤٣٨) مـن المدني المصري على أنه: (اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشـتري إمـا أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع مع انقاص الثمن). ومنها استحقاق المبيع كما جاء في المادة (٤٤٣) من المـدني المصـري الفقرة الخامسة: (تعويض المشتري عمّا لحقه من خسارة أو فاته مـن كسب استحقاق المبيع، كـل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو ابطاله). ومن القوانين: المـدني المصـري (م١٥٧)، والسوري (م١٥٨)، والليبي (م١٥٩)، واللبناني (م٢٣٩-٢٤١)، وأضـاف العراقي (م١٧٧) خيار العيب ونقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه (م٥٤٧)، وأضـاف المغربي (فصل ٢٤٦) خيار تأخير الوفاء.

ومرد هذا النطاق الضيق لتطبيقات الفسخ وأسبابه الى أسباب كثيرة منها:

١. التأثر بالفقه والقانون الغربيين.

٢. غياب الفقه الإسلامي في مراجع علماء القانون.

---

[1] الوسيط ٧٨٨/١ وما يليها، بند ٤٦٧ وما يليه.

[2] منهم: د. حشمت أبو ستيت، المرجع السابق: ص٣٤١، بند ٣٧٦.

د. أنور سلطان، المرجع السابق: ص٤١٣، بند ٣٥٦.

د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق: ص٣٩٨، بند ٣٦٨.

د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق ٣٧٥/١.

د. سليمان مرقس، المرجع السابق: ص٣٢٠، بند ٣٠٦.

د. اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٦ بند ١٦٤.

٣. عدم رعاية لغة الأم والاعتماد على الترجمة الحرفية في تفسير المصطلحات القانونية.
٤. تقليد بعضهم لبعض.
٥. جعل الإبطال قسيما للفسخ مع أنه قسم منه، وقسيم الشيء مباين له بينما قسم الشيء أخص منه.

وقد أطلق المشرع التونسي الفسخ على الإبطال في الفصول (٤٣-٦١) وحسناً فعل.

ثم ان المدني الفرنسي المتأثر به أكثر القوانين العربية لم يأخذ بالاتجاه الضيق المذكور، حيث أجاز الفسخ لأسباب اخرى منها ما جاء في المادة (١٦٥٥) من أنه يحكم بفسخ البيع في العقار فورا اذا كان يخشى البائع من ضياع السلعة والثمن، ومنها اعتبار الإقالة والرجوع في بيع الوفاء فسخا، المواد (١٦٥٩-١٦٧٣)، ومنها فسخ البيع بسبب غبن المشتري أو البائع (المواد ١٦٧٤-١٦٨٢).

أسباب الفسخ في الفقه الإسلامي :

أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بنظر الاعتبار المعنى اللغوي العربي للفسخ وهو النقض والرفع في معناه الاصطلاحي، وعرفوه بأنه نقض الرباط التعاقدي لما يبرره من أسباب ذاتية أو عرضية، واعتبار إبطال العقد من تطبيقات الفسخ.

ومن هذا المنطلق يتضمن الفقه الإسلامي مجالا واسعا وأسبابا كثيرة للفسخ منها ما يلي:
١- إخلال أحد العاقدين في العقود الملزمة للجانبين بالتزامه كما في القانون.
٢- كون العقد نافذا غير لازم، سواء كان بطبيعته بالنسبة للعاقدين كالوكالة والإعارة والوديعة والمضاربة[1]... بالنسبة لأحد العاقدين، كعقد الرهن وعقد الكفالة، فالرهن لازم للمدين الراهن وغير لازم للدائن المرتهن والكفالة لازمة للكفيل دون المكفول له. وهذا ما يسميه علماء القانون[2] الإلغاء أو الإنهاء بإرادة منفردة، وهم يقولون ان

---

[1] في هذه العقود يحق لكل من العاقدين فسخ العقد متى شاء ما لم يترتب على الفسخ ضرر يلحق بأحدهما أو بالغير وذلك بمقتضى طبيعتها، فالوكيل متطوع فله أن يتخلى عن الوكالة لأنه غير ملتزم بالبقاء ما دام المقابل غير موجود لعمله، كما ان الموكل صاحب مصلحة فله أن يعزل الوكيل متى شاء بفسخ عقد الوكالة ما لم يتعلق بها حق للغير بإرادته المنفردة، وهكذا في بقية العقود المذكورة.

[2] الاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت، المرجع السابق: ص٣٥٦، البند ٣٩٦، وقد سمى مشروع المدني العراقي إنهاء العقد فسخا، وحسنا فعل في المادة (١/٤٠١).

هذا يحدث عندما يرخص العقد او القانون لأحد العاقدين في أن يستقل بوضع حد للعقد، فيزول العقد بالنسبة للمستقبل دون أن يكون لذلك أثر بالنسبة للماضي، وهذا يكون عادة في العقود غير محددة المدة كعقد الإيجار بدون تحديد المدة، أو لأنها بطبيعتها مما يمكن وضع حد لها، لقيامها على اعتبار شخصي كالوكالة، أو لاعتبار يراه المشرع كالقرض والتأمين، أو غير لازم لأسباب عارضة ككون إرادة أحد العاقدين مشوبة بعيب من عيوب الرضا[١]، وهذا ما يسميه علماء القانون الإبطال، كما يأتي في المبحث الثالث.

٣- الخيارات[٢] وهي كثيرة منها:

أ- خيار الشرط كشرط خيار مؤقت لأحد العاقدين أو كليهما أو شخص ثالث، لقول النبي ﷺ لحبان بن منقذ: ((اذا بايعت فقل لا خلابة[٣] ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال))[٤].

ب- خيار العيب الخفي.

العيب هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح، اذا غلب في المبيع عدمه[٥]. والخفي هو الذي لا يكشفه الا من له الخبرة في الموضوع. وفي المبيع المعيب للمشتري الخيار بين قبوله بثمنه وبين فسخه ورد المبيع واسترداد الثمن[٦].

---

[١] من التغرير مع الغبن الفاحش، والغلط، والإكراه، والاستغلال. وجدير بالذكر ان المشرع العراقي، خلافا للفقهين الاسلامي والغربي، جعل هذه العيوب من أسباب توقف العقد في المواد (١١٢-١٣٤).

[٢] البدائع للكاساني ٣٠٨٤/٧، والملك في المبيع مدة الخيار لمن انفرد به من بائع أو مشتر، فان كان لهما فموقوف، حاشية الباجوري ٣٤٨/١.

[٣] أي لا خدعة.

[٤] صحيح مسلم ١١٦٥/٣، رقم الحديث (١٥٣٣).

[٥] متن الغاية والتقريب لأبي شجاع أحمد بن الحسين، بهامش حاشية الباجوري للشيخ ابراهيم الباجوري في الفقه الشافعي ٣٤٨/١.

[٦] أي اذا تحققت شروطه وانتفت موانعه. ومن شروطه: أن يكون العيب قبل القبض أو بعده لسبب سابق، وأن لا يعلم به المشتري قبل القبض ولا يرضى به بعده، وأن لا يكون هناك شرط البراءة منه من البائع، والا يزول قبل الفسخ، وتخلف كل شرط من هذه الشروط مانع من الرد والأرش، والأرش هو الفرق بين قيمة المبيع سليما وقيمته معيبا، ومن موانع الرد دون الأرش: حدوث عيب

ج- خيار المجلس عند من يقول به[1]، لقول النبي ﷺ: ((اذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا أو يخير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع))[2].

ولم يعمل بهذا الحديث أبو حنيفة لعدة أسباب منها ان راويه خالفه ولأنه خبر أحاد فيما تعم به البلوى، ولكونه مخالفا للقياس الجلي.

وكذا خالفه الإمام مالك لأنه معارض لإجماع أهل المدينة[3] وأخذ بعض القوانين بخيار المجلس كالمدني اليمني[4]، ومن القوانين التي لم تأخذ بخيار المجلس المدني العراقي.

د- الخيارات الأخرى[5] التي لا مجال لذكرها وهي مبينة ومفصلة في جميع المراجع الفقهية الإسلامية[6].

جديد لدى المشتري، وهلاك المبيع حسا أو حكما. ينظر: المنتزع المختار في فقه الزيدية للإمام أبي الحسن عبد الله بن مفتاح ١٠٣/٣. الأنوار لأعمال الأبرار ليوسف الاربيلي ٣٤٨/١. شرح التحرير في الفقه الشافعي للعلامة زكريا الأنصاري بهامش الشرقاوي ٤١/٢ وما يليها.

(١) كالشافعية، تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر (شهاب الدين أحمد) الهيتمي ٣٣٢/٤ ومايليها. المهذب، لأبي اسحق الشيرازي (ابراهيم بن علي)، ٢٥٧/١. والامامية الروضة البهية، ٣٢٢/١.

(٢) العدة للعلامة محمد بن اسماعيل الصنعاني على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للعلامة ابن دقيق العيد ٤/٤ وما يليها، والحديث رواه عبد الله بن عمر. صحيح مسلم ١١٦٣/٣، رقم الحديث (١٥٣٢).

(٣) العدة، المرجع السابق ٦/٤ وما يليها.

(٤) المادة (٢٣١) التي تنص على أنه: (يثبت خيار المجلس في كل عقد معاوضة محضة واقعة على عين لازمة من العاقدين ليس فيها تملك قهري ولا جارية مجرى الرخص وذلك ما لم يتفق العاقدان على الاخيار لهما).

(٥) منها: خيار الرؤية، وخيار التعيين، وخيار النقد، وخيار تخلف وصف مرغوب فيه وخيار عيوب الارادة (الإكراه والتغرير مع الغبن والغلط والاستغلال) وغيرها. المجلة، المواد (١١٦-٣٥٥).

(٦) منها تبيين الحقائق للزيلعي ١٤/٤ وما يليها. المهذب لأبي اسحق الشيرازي ٢٨٣/١ وما يليها. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٣٢٢/١ وما يليها. الدسوقي والشرح الكبير ٩١/٣ وما يليها.

٤- فساد العقد اذا لم يطرأ ما يمنع الفسخ[١].
٥- خيانة الأمانة في بياعات الأمانة[٢]، وهي: المرابحة: (البيع بثمن الشراء مع نسبة من الربح)، والوضيعة أو المواضعة: (البيع بثمن الشراء مع نسبة من الخسارة)، والتولية: (البيع بثمن الشراء)، والإشراك: (جعل شخص آخر شريكا في جزء من المبيع بما يقابله من ثمن الشراء).
٦- إفلاس المشتري أو إعساره بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن[٣].
٧- الظرف الطارئ[٤] لقول النبي ﷺ : ((لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق))[٥].
٨- كل ما يجعل العقد قابلا للإبطال في القانون يجعله قابلا للفسخ في الفقه الاسلامي اضافة الى الأسباب المذكورة كما يأتي في المبحث الثالث.

والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي ان كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه الا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ.

---

[١] في البيع الفاسد اذا باع المشتري المبيع أو وهبه أو تصدق به، بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة اذا كان قيمياً والمثل اذا كان مثليا، لأنه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه. البدائع ٢٣٨٣/٧.

وقال الزيلعي تبيين الحقائق (٤م٦٤) : (ولكل منهما فسخه: يعني على كل واحد منهما فسخه، لأن رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على).

[٢] كالخيانة في صفة الثمن بأن اشترى شيئا بنسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الأول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة، وكالخيانة في مقدار الثمن فله الخيار بالإجماع ان شاء أخذه وان شاء رده. البدائع ٢٢٠٦/٧. وكذا في المبيع، المدني الجزائري المادة (٣٦٦).

[٣] قال ابن تيمية في كتابه العقد ص١٥٣: قال أصحابنا له الفسخ اذا بان المشتري معسرا أو ماله غائبا، وفي هذا السبب خلاف وتفصيل لدى فقهاء الشريعة لم أتطرق لهما استبعادا للتطويل.

[٤] اذا طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث لم يكن متوقعا ترتب عليه اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا، بحيث أصبح التزام أحدهما مرهقا يهدده بخسارة جسيمة. ففي نظر القانون يتدخل القاضي لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق الى الحد المعقول. أما الفقه الإسلامي فيختلف عن القانون في أمرين أحدهما لا يشترط أن يكون الحادث عاما، والثاني يحق لمن تلحقه الخسارة طلب الفسخ. عند بعض الفقهاء كالحنفية في المبسوط للسرخسي ٢/١٦: (عندنا قد يفسخ الإجارة لعذر).

[٥] صحيح مسلم ١١٩٠/٣، رقم الحديث (١٥٥٤).

وأقرب القوانين العربية الى الفقه الإسلامي في موضوع أسباب الفسخ هو المدني اليمني[١] المواد (٢٢٢ - ٢٦٠)، ثم يليه المدني الأردني[٢] المواد (١٧٠ – ١٩٨)، ثم المدني العراقي[٣] المواد (١٧٧ و ٥٥٨ – ٥٧٠).

المطلب الرابع
أنواع الفسخ وآثاره

أنواع الفسخ[٤] :

ينقسم الفسخ من حيث الكيفية الى ثلاثة أنواع: الفسخ القضائي والاتفاقي والارادة المنفردة في الحالات التي نص عليها القانون، والأصل أن يكون الفسخ قضائيا لأنه جزاء، ولكن قد يتم بالاتفاق الرضائي، وقد يكون بإرادة منفردة في حالات السماح القانوني.

أولا- الفسخ القضائي:

للمحكمة أن تحكم بالفسخ بعد رفع الطلب من ذي العلاقة المسبوق بالأعذار اذا كان ضروريا، ولها سلطة تقديرية في هذا الحكم في أن تحكم به اذا اقتنعت بوجود ما يبرره. وقد تمتنع عن إصدار هذا الحكم اذا وجدت ان ما لم ينفذ أقل بكثير مما نفذ. وقد تمنح المدين نظرة ميسرة (أجلا لتنفيذ التزامه عند مكنته المالية) اذا كان لهذا الأجل ما يبرره[٥]، واضافة الى ذلك للمدين أن يبدي استعداده للتنفيذ قبل الحكم، كما للدائن

---

[١] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

[٢] رقم (٤٢) لسنة ١٩٧٦.

[٣] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

[٤] الاستاذ السنهوري، الوسيط ٧٩٤/١ وما يليها.

[٥] وعليه التنفيذ في غضون مدته اذا استطاع ولكن اذا كان المبرر لا يزال قائما هل تعطى له فرصة أخرى؟ لم يتطرق له القانون ولكن يرى بعض فقهاء القانون أنه اذا لم ينفذ خلال هذه المدة ينفسخ العقد تلقائيا. والاتجاه الراجح أنه يشترط لمنح المدين نظرة الميسرة توفر الشروط الآتية:
١- ان يكون المدين معسرا وحسن النية.
٢- أن لا يكون قد منح مهلة سابقة.
٣- أن لا يترتب عليها ضرر جسيم يصيب الدائن.

التراجع وطلب التنفيذ قبل الحكم[1].

ثانيا- الفسخ الاتفاقي:

اللجوء الى القضاء ليس من النظام العام، لذا يحق للعاقدين الاتفاق على الفسخ.
وللفسخ الاتفاقي الدرجات الآتية:

١. الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا اذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه، وهذا الاتفاق لا يغني عن الاعذار واللجوء إلى القضاء ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية.
٢. الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه اذا لم يف أحدهما بالتزامه، ولكن هذا لا يغني عن الاعذار، غير أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ولا يملك سوى الحكم به ويكون هذا الحكم منشئا[2].
٣. الاتفاق على كونه مفسوخا بدون الحكم القضائي، فاذا حكم به يكون حكمه مقررا لا منشئا ولكن لا يغني عن الاعذار.
٤. الاتفاق على كونه مفسوخا بدون الاعذار والقضاء[3].

الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق: ص٢٣٠.
الاستاذ عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام ١/٤٢٩.
الاستاذ حشمت أبو ستيت، المرجع السابق: ص٣٤٥-٣٤٦.
[1] الاستاذ مرقس، اصول الالتزامات: ص٣١٥.
الاستاذ الدكتور أنور سلطان، مصادر الالتزام ١/٤١٧ وما يليها.
[2] المدني العراقي (م٥٨٢).
[3] وفي الحالات الأربع يبقى للدائن حق طلب التنفيذ بدلا عن الفسخ.
الاستاذ عبد المجيد الحكيم ١/٤٣٢.
الاستاذ اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٩ ومايليها.
الاستاذ أنور سلطان، المرجع السابق ١/٤٢٠ وما يليها.
د.محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ١/١٩٣.

ثالثا- الفسخ بحكم القانون وبإرادة الدائن المنفردة بمقتضى النص القانوني[1]:

هذا النوع يعد من باب الاستثناء من النوعين السابقين، حيث ينص القانون على ذلك، كما في المادة (٤٦١) من المدني المصري التي نصّها: (في بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة الى اعذار، ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد، اذا اختار البائع ذلك، هذا ما لم يوجد اتفاق على غيره) ويطابقه السوري (م٤٢٩)، والليبي (م٤٥٠).

ويعلل هذا الاستثناء بأن عروض التجارة والمنقولات عموما كثيرا ما تتقلب أسعارها، كما يتعرض الكثير منها للتلف بمرور الزمن، لذا خول المشرع البائع حق التصرف في المبيع على أساس فسخ البيع وعودة ملكيته اليه بمجرد تخلف المشتري من دفع الثمن دون تحمل أي مسؤولية[2].

وإضافة الى ذلك هناك استثناءات أخرى منها ما أقره قانون العمل العراقي[3] من جواز فسخ عقد العمل من قبل رب العمل دون اللجوء الى القضاء في تسع حالات وكذا قانون العمل المصري نص على الآتي:

---

[1] كالمدني المصري (م٤٦١).

[2] الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٣٢٩-٣٣١.

[3] قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧:

خامسا- الفصل من العمل: المادة (١٢٧) : لا يجوز فرض عقوبة الفصل الا في الحالات الآتية:

أولا- اذا ارتكب العامل خطأ جسيما نشأ عنه ضرر مادي، شرط أن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث.

ثانيا- اذا أفشى العامل سرا من أسرار العمل أدى الى إلحاق ضرر بصاحب العمل.

ثالثا- اذا خالف العامل التعليمات الخاصة بسلامة العمل أكثر من مرة، شرط أن تكون هذه التعليمات مكتوبة ومعلنة في مكان ظاهر، أو أن يكون قد أبلغ بها شفويا اذا كان أميا.

رابعا- اذا وجد العامل اكثر من مرة، أثناء ساعات العمل في حالة سكر بين أو تحت تأثير مخدر.

خامسا- اذا أتى العامل اكثر من مرة سلوكا لا يأتلف وشرف العمل.

سادسا- اذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو ممثله، أو أحد رؤسائه في العمل أثناء العمل أو خارجه، شرط أن يبلغ صاحب العمل مكتب العمل في المحافظة خلال ٢٤ ساعة من وقوع الحادث.

١. في عقد العمل لرب العمل فسخ العقد وفصل العامل لخطأ ارتكبه دون حاجة الى حكم قضائي[١].
٢. للعامل فسخ العقد وترك العمل لخطأ ارتكبه رب العمل[٢].
٣. في حالات الاستعجال اذا كان من شأن استبقاء العقد الى حين صدور حكم قضائي بفسخه أن يصاب الدائن بضرر.

آثار الفسخ :

اذا فسخ العقد اعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض بمقتضى النصوص القانونية، منها المادة (١٨٠) المدني العراقي، و(١٦٠) المصري، و(١٦٠) السوري، و(١٦٢) الليبي، و(٢٤٢) اللبناني، و(٦٣) القطري، و(٢٢٢) اليمني، والفصل (٣٣٦) التونسي[٣]، والمادة (٤٠١) من مشروع ١٩٨٥ للمدني العراقي الذي لم ير النور لحد الآن.

والأثر الرجعي بالنسبة للماضي لا يكون الا في العقود فورية التنفيذ، فزوالها يستند الى وقت انعقادها، فيعتبر العقد كأن لم ينعقد، فيلتزم كل من العاقدين أن يرد للآخر ما

سابعا – اذا ارتكب العامل، أثناء العمل، جناية أو جنحة بحق أحد زملائه في العمل، وحكم عليه من أجلها بموجب قرار قضائي بات.
ثامنا– اذا حكم على العامل بالحبس مدة تزيد على سنة وأكتسب الحكم درجة البتات.
تاسعا– اذا تغيب العامل من العمل بدون عذر مشروع عشرة أيام متصلة أو عشرين يوما متقطعة خلال سنة العمل، شرط أن ينذره صاحب العمل باعلان يعلق في لوحة الاعلانات في مقر العمل خلال الأيام الخمسة الاولى من الغياب في الحالة الاولى، وتسلم نسخة منه الى الجهة النقابية المختصة في يوم صدوره، واذا بلغت غياباته المتقطعة خلال سنة العمل خمسة عشر يوما، فيتم انذاره كتابة في موقع العمل.

[١] المادة (٧٦) من قانون العمل المصري.

[٢] المادة (٧٧) من القانون المذكور.

[٣] وقد نصَّ هذا الفصل على أن أساس القبض هو العقد: (وأساس الالتزام بالرد هو زوال العقد)، حيث قال: (اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كان عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه، أما الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس فيجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة).

تسلمه منه. ففي عقد البيع مثلا يرد البائع المبيع وزوائده بعد انتقال ملكيته اليه، كما يرد المشتري ما تسلمه من النقود وفوائدها التي حصلت لديه.

غير ان هذه القاعدة: (رجوع العاقدين الى ما كانا عليه) تختلف باختلاف طبيعة العقود، واختلاف حسن النية وسوء النية، وباختلاف أسباب فسخ العقد، وكذا بالنسبة للعاقدين والغير، وتأثر الرد والاسترداد كما وكيفا بسوء النية وحسنها لا يختلف باختلاف حالات عدم وجود السبب أصلا او زواله بعد الوجود او عدم مشروعيته، لذا نكتفي بما أوردناه من التطبيقات في المبحث الثاني من الفصل الثاني.

الأثر الرجعي بالنسبة للعاقدين:

اذا كان طالب الفسخ قد نفذ التزامه، فانه يسترد ما أوفى به ان أمكن، فيرد المشتري مثلا المبيع وثمراته ويرد البائع الثمن وفوائده، على أساس زوال السبب أو المسؤولية العقدية، لأن التسلم كان بمقتضى العقد، فيكون الرد على أساس زوال هذا الأساس، بناءً على قاعدة: (الحكم يدور مع سببه وجودا أو عدما)[1].

واذا لم يمكن الرجوع الى ما كانا عليه، يُحكم بالتعويض في ضوء الضرر والخسارة كماً وكيفاً، وقد يكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

أما في العقود المستمرة التنفيذ فالآثار تكون بالنسبة للمستقبل فقط، لاستحالة الرجوع الى الماضي لانتفاع العاقدين بما تسلمه كل من الآخر، والعوض الذي تسلمه أحد العاقدين مقابل انتفاع الآخر لا يرد، لأن رد الانتفاع مستحيل.

الأثر الرجعي بالنسبة للغير:

الفسخ يجاوز أثره الى الغير الذي اكتسب حقا على محل العقد، ففي البيع مثلا ترجع العين المبيعة المثقلة بحق للغير كحق ارتفاق أو انتفاع خالية من كل حق عليها.

ويستثنى من القواعد المذكورة حق الدائن المرتهن رهنا رسميا، وهو حسن النية، فانه لا يخضع لقاعدة الرجعية، حيث تنص المادة (١٠٣٤) من المدني المصري على أنه: (يبقى قائما

---

[1] القاعدة المشهورة: (الحكم يدور مع علته وجودا وعدما)، والمراد بالعلة في هذه القاعدة السبب ما لم يعتبر العقد علة فاعلة لأن العلل أربع فاعلة ومادية وصورية وغائية، ففي الكرسي مثلا النجار علة فاعلة، والخشب علة مادية، والصورة علة صورية، والجلوس عليه علة غائية.

لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن).

وقد خرج المشرع بموجب هذا النص على القواعد العامة التي تقضي بأن زوال التصرف بأثر رجعي يزيل كل ما رتبه المتصرف اليه من تصرفات على العين، فيظل الرهن الرسمي الذي يرتبه من آلت اليه ملكية العقار نافذا، حتى اذا أبطل التصرف (أو فسخ أو ألغي لأي سبب). ويشترط لصحة هذا الاستثناء الشروط الآتية:

١. أن تكون الملكية قد انتقلت الى الراهن وقت انعقاد الرهن.
٢. أن يكون المرتهن حسن النية وقت انعقاد الرهن، بأن لا يكون عالما بعيب سند الراهن.
٣. أن يكون عقد الرهن صحيحا مستوفيا لشروطه.
٤. أن يكون الرهن مقيدا في وقت سابق على وقت زوال سند الرهن.

فاذا توافرت هذه الشروط كان للدائن المرتهن الاحتجاج برهنه، فيسترد الملك العقار محملا بهذا الرهن[1].

مسقطات حق الفسخ :

يسقط حق الفسخ بأحد الأمرين الآتيين:

١. التقادم: وفقا للقواعد العامة يسقط حق الفسخ كسائر الحقوق بمضي خمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق فيه، والحق في الفسخ يثبت من وقت حلول الوفاء بالالتزام الذي ترتب على الإخلال به رفع دعوى الفسخ. هذا ما ذهب اليه بعض فقهاء القانون في مصر[2]، بينما ذهب بعض آخر[3] الى ان المدة تبدأ عند الاعذار، لكن يؤخذ على هذا الرأي ان الاعذار من عمل الدائن والأخذ به يجعل بدء سريان التقادم متوقفا

---

[1] الاستاذ السنهوري، الوسيط ١٠/٣١٤ وما يليها بند ١٤٣.
الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق: ص٢٨٢ وما يليها.
الاستاذ أنور طلبة، التعليق على نصوص القانون المدني ٢/٦٦٩ وما يليها.

[2] د.أنور سلطان، مصادر الالتزام ١/٤٢٨.

[3] العلامة السنهوري، الوسيط: بند ٤٧٦.

على ارادته.

٢. تنازل ذي حق الفسخ صراحة أو ضمنا: ويعتبر من قبيل تنازل البائع مثلا ضمنا عن حقه في طلب الفسخ التنفيذ على المبيع، لاستيفاء الثمن أو موافقته على تصرف المشتري في المبيع بالبيع.

وفي الفقه الإسلامي مسقطات الفسخ كثيرة لكثرة أسبابه، وعلى سبيل المثل دون الحصر: يسقط الفسخ في خيار المجلس بمفارقة أحد العاقدين صاحبه، وفي خيار الشرط بانتهاء مدة الشرط، وفي خيار العيب (خيار النقيصة) بعدة امور منها: حدوث عيب جديد بعد القبض، ومنها التصرف في محل العقد، وفي العقد الفاسد بانتقال ملكية محل العقد الى آخر. ومن الفقهاء من يُحكم العرف، ومنهم من يقيد المدة بثلاثة أيام وغير ذلك[1].

الاستنتاج :

يستنتج من هذا العرض المذكور في هذا المبحث ان الفسخ يتميز بالميزات الآتية:

١. انه ذو طابع احتياطي، فللدائن الخيار بين طلب التنفيذ ودعوى الفسخ، اذا ملك سندا قانونيا يبرر ذلك.

٢. انه ذو طابع تأميني من وجهين:

أحدهما- طلب الفسخ تهديد موجه الى المدين ليدفعه الى التنفيذ.

والثاني- اذا قضى بالفسخ يعود المتعاقدان الى ما كانا عليه قبل التعاقد.

٣- انه ذو طابع جزائي من ناحيتين:

إحداهما- يعد عقوبة للطرف المقصر.

والثانية- قد يترتب عليه التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إضافة الى المسؤولية العقدية.

٤- عمل إرادي بالنسبة للقاضي وطرفي العقد ولا دخل لاستحالة التنفيذ فيه ما لم تكن جزئية.

٥- ولا يقتصر على عقود المعاوضات الملزمة للجانبين التي لم يف فيها أحد العاقدين بتنفيذ التزامه.

---

[1] تحفة المحتاج ٣٦٧/٤ وما يليها. الروضة البهية ٣٢٢/١ وما يليها. سبل السلام ٤٥/٣ ومايليها.

المبحث الثاني

الانفساخ

نتناول في هذا المبحث أهم عناصر الانفساخ واحكامه التي يمكن ان تستمد من النصوص القانونية المدنية الآتية:

أ- من النصوص المدنية العربية:

المدني العراقي المواد (١٦٨ و١٧٩ و١٨٠ و٤٢٥ و٥٤٧)[1]. ويطابق المدني العراقي أو يقاربه المدني المصري المواد (١٥٩ و٢١٥ و٣٧٣ و٤٣٧)، والمدني السوري المواد (١٦٠ و٢١٦ و٣٧١ و٤٠٥)، والمدني الليبي المواد (١٦١ و٢١٨ و٣٧١ و٤٢٦)، واللبناني المواد (٢٤٣و٣٩٦و٣٩٨)، والأردني (المادة ٥٠٠)، واليمني (المادة ٥٤٢)، والمغربي الفصول (٣٣٥-٣٣٩)، والموريتاني المواد (٢٨٤ و٢٨٥ و٥٠٣-٥٠٥)، والقطري (المادة ٢٥٨).

ب- ومن النصوص الأجنبية:

---

[1] نصّ م١٦٨: (اذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت استحالة التنفيذ التي قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

نصّ م١٧٩: (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله أو بقوة قاهرة، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه. فالمبيع اذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شئ على المشتري).

نصّ م١٨٠: (اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية أو انفسخ، سقط الالتزام الذي كان مترتبا عليه، فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلم يُسترد، فاذا استحال رده يحكم بالضمان).

نصّ م٤٢٥: (ينقضي الالتزام اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه).

نصّ م٥٤٧: (١- اذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شئ على المشتري، الا اذا حدث الهلاك بعد اعذار المشتري لتسلم المبيع، واذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف اصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن.

٢- على أنه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع، وجب دفع الثمن كاملا في الحالة الاولى والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية).

المدني الفرنسي المواد (١١٣٨ و١١٨٣ و١٦٢٤) والمدني الألماني (المادة ٤٤٦) وقانون الالتزامات السويسري (م١٨٥ و م٢٣٠).

وتوزع دراسة الإنفساخ من الناحية الشكلية على أربع مطالب:

الأول للتعريف الإنفساخ. والثاني للمصطلحات ذات الصلة به.

والثالث أسباب الإنفساخ. والرابع آثار الإنفساخ.

المطلب الأول
التعريف الإنفساخ

ماهية الانفساخ :

وهو في اللغة مصدر انفسخ وهو مطاوع فسخ، ومن معانيه: الانتقاض والانحلال[1].

وفي الاصطلاح القانوني يؤخذ من النصوص المذكورة وشروحها ان الانفساخ انحلال رابطة العقدية نتيجة استحالة تنفيذ المدين التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه.

وعيب هذا التعريف أنه غير جامع، حيث يوجد للانفساخ أسباب أخرى في القانون وفي الفقه الاسلامي.

وفي اصطلاح الفقه الاسلامي[2] انحلال العقد أما بنفسه تلقائيا[3] أو بارادة المتعاقدين أو أحدهما[4].

---

[1] لسان العرب، فصل الفاء حرف الخاء، ١٤/٤.

[2] الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٣٣٨.
والأشباه للسيوطي: ص٢٢٤
والقواعد لابن رجب: ص١٠٧
والفروق للقرافي ٢٦٩/٣.

[3] في حالة استحالة التنفيذ أو لموت المتعاقد الذي كانت شخصيته محل اعتبار في العقد.

[4] لأن كل فسخ اتفاقي أو بالارادة المنفردة أثره الانفساخ، فدور الارادة تنحصر في المؤثر دون الأثر.
قال الكاساني (البدائع ٣٣٤٧/٧) ما ينفسخ به العقد نوعان: اختياري وضروري، والاختياري هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو نحوه، والضروري ان يهلك المبيع قبل القبض مثلا.

محل الانفساخ :

هو العقد لا غيره، فلا يوصف عمل آخر من أعمال الانسان بالانفساخ، سواء كان العقد ملزما للجانبين أو لجانب واحد، وسواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع[1].

والاتجاه السائد في فقه القانون هو ان محل الانفساخ هو عقد معاوضة ملزم للجانبين، وهو اتجاه قاصر، لأن الانفساخ انحلال رابطة التعاقدية، والعقد أعم من عقد المعاوضة الملزم للجانبين.

ففي عقود التبرعات اذا هلكت العين المعارة قبل التسليم أو بعده انفسخت الإعارة، وفي عقد الوديعة اذا هلكت العين المودعة انفسخ العقد، وفي العقود الملزمة لجانب واحد اذا هلك محل العقد قبل القبض انفسخ العقد كهلاك المال الموهوب قبل تسليمه الموهوب له. وهذا كله يقول به علماء القانون فلا وجه لحصر الانفساخ في عقود المعاوضات الملزمة للجانبين، كما لا وجه لحصرهم الفسخ في العقد الملزم للجانبين في حالة امتناع أحد العاقدين عن تنفيذ التزامه وقد سبق تفصيله.

تكييف الانفساخ :

ظن بعض الباحثين[2] ان الانفساخ نوع من انواع الفسخ وهو الفسخ بقوة القانون اضافة الى الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي. وهذا رأي غير دقيق، لأن الانفساخ قسيم الفسخ، حتى في شروح القانون حين البحث عن أسباب زوال العقد جعل قسيما للفسخ والإبطال، وقسيم الشيء مباين له، بينما نوع الشيء أخص منه مطلقا في المنطق القانوني. ويأتي قريبا أهم الفروق الجوهرية بين الفسخ والانفساخ. والفسخ والانفساخ والإبطال أنواع ثلاثة مندرجة تحت جنس الانحلال أو زوال العقد. ومنشأ هذه الشبهة هو المادة (١١٨٤) من المدني الفرنسي[3]،

---

[1] المنثور للزركشي ٣/٤٥، والأشباه لابن نجيم: ص٣٣٨.

[2] وقد تناول هذا الموضوع استاذنا الدكتور حسن الذنون، النظرية العامة للفسخ: ص٢٤١-٢٥٦. والاستاذ الدكتور سليمان مرقس بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية: ص٦١٠ وما يليها.

[3] ترجمة نصّ المادة (١١٨٤): "وكثيرا ما توجد الشروط الفسخية ضمنا في العقود الملزوم بها الجانبان في حالة ما اذا لم يوف أحدهما بما اشترط على نفسه فهي شروط تؤخذ من مفاهيم العقود، ففي هذه الحالة لا حق في فسخ العقد بذلك بل اذا لم ينفذ أحد الجانبين ما التزم به من الشروط كان الآخر مخيرا أما أن يجبره على تنفيذ ما التزم به اذا كان ممكنا أو يطلب منه فسخ العقد ودفع الأضرار. وطلب فسخ العقد بهذه المثابة يكون بالترافع والتداعي ولا مانع

بينما هذه المادة تعالج أحكام الفسخ فقط من حيث كون سبب الفسخ شرطا فسخيا ضمنيا أو إخلالا بالالتزام في العقد الملزم للجانبين ومن حيث كونه فسخا قضائيا، ولا صلة لها بالانفساخ ولا بالفسخ بقوة القانون.

ولا ينكر وجود الصلة بين الفسخ والانفساخ، لأن الثاني قد يكون سببه الفسخ ولكن السبب والمسبب مختلفان.

والواقع أن الانفساخ يكيف بأنه الخلال لا إرادي للعقد لاستحالة تنفيذه، وهو قسيم الفسخ.

أساس الانفساخ:

لم أطلع على مرجع قانوني أو فقهي يتطرق صراحة لهذا الأساس، ويبدو أن مرد ذلك الى كون الانفساخ حاصلا بقوة القانون، فلا داعي للبحث عن أساسه. وفي اعتقادنا المتواضع ان الأساس هو زوال السبب، لأن موضوع التزام[1] كل من العاقدين سبب التزام الآخر الذي يسمى السبب القصدي أو الفني أو الغرض المباشر، والقاعدة المنطقية القانونية تقضي بدوران المسبب مع سببه وجودا وعدما، فمادام السبب قد زال فأنه من الطبيعي أن يزول مسببه وبالتالي يزول العقد تلقائيا بزوالهما.

للقاضي في مثل هذه الواقعة أن يضرب للمدعي عليه أجلا على حسب مقتضيات الأحوال" – ترجمة رفاعة بك وعبد الله بك.

(١) الذي يسميه علماء القانون محل الالتزام، علما بأن محل الالتزام هو الأداء، وقد انتقد الفقيه الفرنسي (بلانيول) النظرية التقليدية للسبب (مصادر الالتزام، الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم ١/٢٢٣): بأن في هذه النظرية استحالة منطقية، لأن سبب الالتزام في العقد الملزم للجانبين هو الالتزام المتقابل، أي ان التزام البائع سبب التزام المشتري وكذلك العكس، وتوقف الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه وهو يستلزم منطقيا تقدم الشيء على نفسه، واللازم باطل وكذلك الملزوم.

وكلام بلانيول غير سليم من وجهين:

أحدهما ان سبب التزام كل من العاقدين هو موضوع التزام الآخر دون نفسه.

والثاني ان الدور المذكور لا توجد فيه الاستحالة المنطقية فهي لا تتحقق الا في الأمور الواقعية الموجودة خارج ذهن الانسان، لا في الأمور الذهنية الاعتبارية كما سبق بيان ذلك في موضوع السبب.

المطلب الثاني
الانفســاخ والمصطلحات ذات الصـلة

هناك مصطلحات قانونية وفقهية لها صلة بالانفساخ ولكن في حقيقتها ليست بالانفساخ المعروف في الفقه والقانون، ومنها ما يأتي:

الانفساخ والفسخ:

بينهما أوجه الشبه وأوجه الاختلاف.

أ- من أوجه الشبه:

١. كل منهما خلاف الأصل، لأن الأصل هو تنفيذ العقد من جميع أطرافه وحدوثهما يكون لأسباب عارضة.

٢. كل منهما سبب لزوال العقد وهما نوعان يندرجان تحت جنس واحد وهو انحلال العقد.

٣. الأصل أن يكون كل منهما بأثر رجعي في العقود فورية التنفيذ ما لم يمنعه مانع.

٤. كل منهما ينصب على العقد دون غيره.

ب- أوجه الإختلاف:

١. من حيث الماهية تختلف ماهية كل منهما عن ماهية الآخر، كما بينا في تعريفهما.

٢. من الناحية الفلسفية الفسخ من مقولة الفعل والانفساخ من مقولة الانفعال، وهما مقولتان متباينتان في المنطق والفلسفة من حيث المفهوم، رغم اجتماعهما في عقد واحد اذا كان الأول سببا للثاني.

٣. من حيث الصرف اللغوي الانفساخ صيغة المطاوعة فهو مطاوع للفسخ، يقال فسخت العقد فانفسخ أي قبل الفسخ وطاوعه[1].

فالفسخ من الفعل المتعدي بينما الانفساخ مصدر الفعل اللازم.

٤. من الناحية الشرعية الفسخ سبب شرعي (أو قانوني) والانفساخ حكم شرعي (أو قانوني)[1].

---

[1] وهذا هو مقصود القرافي (الفروق ٣/٢٦٩) بقوله: (الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه).

[1] المرجع السابق.

٥. الفسخ لا يكون الا بحكم قضائي أو اتفاق رضائي غالبا[١]، بينما الانفساخ لا يكون الا بقوة القانون حتى ولو كان سببه اراديا، لأن ترتب كل مسبب على سببه يكون بحكم القانون، سواء كان هذا السبب اراديا أو لا اراديا.

٦. الفسخ جزاء عند من يحصر سببه في امتناع أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، بخلاف الانفساخ فلا يوجد فيه خطأ أحد العاقدين غالبا، والخطأ من أهم عناصر المسؤولية التقصيرية، وبالتالي فلا جزاء ولا تعويض في تطبيقات الانفساخ ما لم يكن له سبب آخر.

٧. في الفسخ قد يحكم على المدين بالتعويض بخلاف الانفساخ لنفس السبب المذكور.

٨. سبب الفسخ في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به، أما ان يكون قبل العقد كعيوب محل العقد أو مقارنا معه كعيوب الارادة أو يكون بعد العقد كالإخلال بالالتزام بينما سبب الانفساخ يكون بعد العقد دائما.

الانفساخ والانتهاء:

وهما يختلفان من حيث ان انتهاء العقد يكون ببلوغه نهايته وهذا يكون بتمام المعقود عليه، كالاستئجار لأداء عمل فينتهي عقد الإيجار بأداء هذا العمل، بخلاف الانفساخ فلا دور للزمن في تحققه.

ثم ان الانتهاء لا يكون إلا في عقود المدة، بخلاف الانفساخ، فأنه يوجد في العقد الفوري والعقد المستمر.[٢] ورغم ذلك فان المشرع العراقي قد استعمل الانتهاء مكان الانفساخ كما في المادة (٨٨٦/١) التي نصّت على انه: (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه).

الانفساخ والامتناع عن الوفاء:

من الفروق الجوهرية بينهما:

١. في الامتناع عن الوفاء على الدائن اثبات تقصير المدين وانذاره للوفاء، بخلاف حالة استحالة الوفاء.

---

[١] وفي بعض الحالات يكون بحكم قانوني كما سبق بيانه في الفسخ.

[٢] د.أنور سلطان، مصادر الالتزام، ٤٢٩/١ وما يليها.

٢. في حالة الامتناع عن الوفاء يجوز أن يطلب الدائن من المدين التعويض عما فاته من مكسب أو أصابه من خسارة، بخلاف حالة الاستحالة، فلا تجوز فيها هذه المطالبة الا اذا كان للمدين دور في حدوثها[1].

الانفساخ والوقف:

الانفساخ في عقود المدة تكون الاستحالة شاملة للمدة كلها، بخلاف الوقف، فان السبب الأجنبي مانع من التنفيذ بالنسبة لبعض الوقت.

وعلى سبيل المثل من أستأجر فندقا ثم حدثت قوة قاهرة وقتية حالت دون الانتفاع به لمدة زمنية وهي أقل من المدة المحددة في عقد الايجار، ففي هذه الحالة للمستأجر أن ينتظر الى زوال المانع أو يطلب الفسخ، في ضوء ما يترتب على هذا الظرف من ضياع الفائدة التي كان يرجوها من التعاقد.

الانفساخ والبطلان:

البطلان اذا كان نسبيا بأن يكون نتيجة الإبطال فهو في الفقه الإسلامي يكيف بأنه انفساخ ناتج عن الفسخ، لأن الإبطال في هذا الفقه والقوانين المتأثرة به صورة من صور الفسخ، خلافا للقوانين المتأثرة بالفقه الغربي التي تعتبر قسيما للانفساخ، وتختلف معه في بعض الأحكام، ففي الانفساخ ينظر الى من يتحمل تبعة الهلاك، بينما في البطلان الناتج عن الإبطال هو أن يرجع المتعاقدان الى ما كانا عليه قبل التعاقد، ما لم يكن هناك مانع.

أما اذا كان البطلان مطلقا فهو والانفساخ نظامان يختلفان من أوجه منها:

١- البطلان المطلق جزاء لتخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، بينما الانفساخ نتيجة لسبب من أسبابه وفي مقدمتها استحالة التنفيذ.

٢- الانفساخ مسبوق بوجود عقد صحيح له وجوده القانوني والشرعي، بخلاف البطلان المطلق، فإنه وصف لعقد لم يولد صحيحا، فهو والعدم سيان من حيث الآثار القانونية الأصلية.

اضافة الى التفصيل المذكور فان فقهاء الشريعة وبوجه خاص الحنفية كثيرا ما يذكرون

---

[1] د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق: ص٣٢٠.
د. أنور سلطان، المرجع السابق، ٤٢٩/١ وما يليها.

البطلان ويقصدون به الانفساخ[1].

٣- فالعقد المنفسخ قد تترتب عليه آثاره القانونية الأصلية قبل انفساخه، بينما الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أي أثر قانوني أصلي بصفته تصرفا قانونيا، لكن قد تترتب عليه الآثار الفرعية باعتباره واقعة مادية قانونية كالتحول والانتقاص، وهذه الآثار لا تتصور في الانفساخ[2].

الانفساخ والفساد:

يتفقان في ان كليهما من صفات العقد، لكنهما يختلفان من حيث الماهية والآثار.

١- من حيث الماهية الانفساخ اخلال لرابطة تعاقدية قائمة، بينما الفساد صفة عقد نشأ مشروعا بأصله وغير مشروع بوصفه كعقد المكره في الفقه الحنفي.

٢- من حيث الآثار الفاسد يفيد ملكا خبيثا بالقبض، ويكون تصرف المشتري في محله تصرفا ناقلا للملكية الشرعية، اذا كان المتصرف اليه حسن النية، بأن يجهل فساد العقد بخلاف الانفساخ، فانه زوال للعقد ولآثاره من الحقوق والالتزامات.

الانفساخ والاستحقاق:

الاستحقاق ظهور كون الشيء (محل العقد) حقا واجبا للغير أو مثقلا بحق للغير ككونه مرهونا[3]، وللاستحقاق عناصر وأحكام تختلف فيها في الفقه الإسلامي والقانون لا داعي لاستعراضها، لذا اقتصر على ما يتعلق بالموضوع وهو أنه قد يكون الاستحقاق سببا لانفساخ العقد عند بعض الفقهاء[4] وقد يكون سببا لفسخه[5].

---

[1] في الاختيار، المرجع السابق ١١٢/٣: (واذا مات أحد العاقدين في عقد الزراعة بطلت كما مر في الاجارة) أي انفسخت.

[2] د. أبو ستيت، المرجع السابق: ص٢٤١ وما يليها.

[3] القواعد الفقهية لإبن جزيّ: ص٢١٩ ابن عابدين، ٢٠٠/٤ وما يليها.

[4] كالمالكية: بداية المجتهد ٣٢٥/٢ والشافعية: المهذب ٢٩٥/١ والحنابلة: القواعد لابن رجب: ص٣٨٢.

[5] كما اذا كان الاستحقاق جزئيا ففي هذه الحالة قيل ينفسخ العقد في الكل وقيل ينفسخ في الجزء المستحق فقط، وقيل يخير المشتري بين الفسخ والقبول مع تنقيص ما يقابل المستحق من الثمن.

المطلب الثالث
أسباب الانفساخ

أسباب الانفساخ في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي تنحصر في حالة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة بلا خلاف، ويضاف اليها مع الخلاف الشرط الفاسخ المعلق عليه العقد[١] وموت أحد العاقدين في بعض العقود، اذا كانت شخصية العاقد المتوفي محل اعتبار في العقد.

أما في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به فأسباب الانفساخ كثيرة منها:

١- موت أحد العاقدين في عقد الايجار عند الحنفية حسب التفصيل الآتي[٢]:

ينفسخ تلقائيا بموت أحد العاقدين أو كليهما ان عقد لنفسه. وقد عللوا رأيهم هذا بأن الاجارة عقد ينصب على المنفعة وهي تحدث شيئا فشيئا[٣] فتنفذ بحدوثها شيئا فشيئا، فلا تبقى بدون العاقد.

وان عقدها لغيره لم تنفسخ كالوصي والولي وقيم الوقف[٤].

ويلاحظ على هذا التعليل أن فقهاء الحنفية تأثروا بالفلسفة اليونانية القائلة بأن الأعراض تتجدد بتجدد الزمان، فعدوا المنفعة من قبيل تلك الأعراض وبذلك خلطوا بين المنفعة والانتفاع، والذي يتجدد بتجدد الزمان هو الانتفاع دون المنفعة، لأن الثانية عبارة عن الطاقة الكامنة في الشيء ذي المنفعة وتستهلك هذه الطاقة شيئا فشيئا ولا تتجدد بتجدد الزمان والعقد، ينصب على المنفعة دون الانتفاع.

وقد بنوا على أصلهم هذا مسائل كثيرة تتنافى مع العدالة منها قولهم بعدم تضمين الغاصب أو السارق منفعة المال المغصوب أو المسروق لأن المنفعة ليست مالا حيث ان

---

[١] كمن وهب داره لأرملة أخيه المتوفي على الاّ تتزوج وأن تتفرغ لشؤون أولاد أخيه الأيتام، فاذا تزوجت تنفسخ الهبة بدون الأثر الرجعي. وكالهبة الوصية وغيرها من العقود المعلقة على شرط فاسخ.

[٢] ابن عابدين ٨٦/٦ وفيه: (تنفسخ الاجارة بموت المتعاقدين أو أحدهما بلا حاجة الى الفسخ عندنا)، كما تنفسخ بهلاك المأجور في مدة الايجار هلاكا كليا (م٧٥١) المدني العراقي.

[٣] الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ٥٥/٢، ٦١/٢.

[٤] ابن عابدين ٨٦/٦.

عنصر الادخار مأخوذ من تعريف المال[١].

لكن استثنى المتأخرون منهم بعض الحالات ككون المغصوب أو المسروق مال وقف أو يتيم أو معداً للاستغلال.

٢- غصب محل العقد سبب من أسباب الانفساخ التلقائي على أساس أنه من باب استحالة التنفيذ، وقال به جمهور فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢].

وذهب اتجاه آخر تبناه بعض الفقهاء كالشافعية[٣] والحنابلة[٤] الى انه سبب من أسباب الفسخ، فللمستأجر مثلا حق فسخ عقد الإيجار اذا غصبت العين المؤجرة، لأن الغصب لا يؤدي الى استحالة التنفيذ، فبالإمكان استرداده عن طريق القوة أو القضاء أو التفاوض.

وفي رأينا المتواضع أنه لا يوجد معيار موضوعي للأخذ بأحد الاتجاهين مطلقا، وانما يختلف الموضوع باختلاف قوة الغاصب وشوكته وامكانية المغصوب منه من استرداد المغصوب، وكذلك باختلاف ظروف البلد ومدى تحقيق العدالة وأخذ كل ذي حق حقه.

٣- تحول التنفيذ الى عمل غير مشروع وبالتالي تحوله الى عدم إمكانه من الناحية الشرعية. وعلى سبيل المثال قالوا: من أستأجر شخصا على قلع ضرسه اذا اشتكت ثم سكتت (زال ألمه) قبل القلع أو على استيفاء قصاص اسقط بالعفو قبل التنفيذ تنفسخ الإجارة تلقائيا بنفسها[٥].

٤- زوال المنفعة المعقود عليها كدار مؤجرة انهدمت أو أرض مستأجرة انقطع ماؤها فهي كالتالفة عينا ينفسخ بهذا الزوال العقد تلقائيا[٦].

---

[١] قالوا: المال هو ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول، مجلة الأحكام العدلية (م١٢٦)، والمنفعة عندهم لا تدخر لأنها تتجدد بتجدد الزمان. ومن الغريب ان سائر الفقهاء سلموا لهم هذه الفكرة لكن قالوا: يجوز التصرف والتضمين في المنفعة تبعا للعين ذات المنفعة.

[٢] ابن عابدين ٨/٥. الاختيار ٦١/٢.

[٣] الشرح الصغير ٥٠/٤.

[٤] قليوبي ٨٥/٣.

[٥] المغني ٤١٧/٥.

[٦] البدائع ٢٦٢٣/٦.

[٧] الاختيار ٦١/٢ وفيه: (اذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو ماء الرحى انفسخ العقد).

وهناك أسباب اخرى وتطبيقات فقهية كثيرة لا داعي لاستعراضها، لأن الكل يرجع الى استحالة التنفيذ.

شروط استحالة التنفيذ :

لاعتبار الاستحالة سببا من أسباب الانفساخ يجب أن تتوفر فيها شروط منها مايأتي:

١. تحقق ماهية الاستحالة بمفهومها القانوني أو الشرعي بأن يصبح التنفيذ غير ممكن بأية طريقة متيسرة، أما اذا كان التنفيذ أمرا ممكنا ولكنه كان مرهقا فعندئذ يدخل الموضوع في باب نظرية الظروف الطارئة، فيلجأ الى تعديل التزامات المتعاقدين عن طريق القضاء.[1] ولا ينفسخ العقد بل ولا ينفسخ أيضا غالبا ما دام هناك طريقة اخرى لإزالة الضرر القائم أو المتوقع.
٢. أن تكون الاستحالة موضوعية ترجع الى موضوع الالتزام، بحيث يستحيل القيام به، فلا تكفي الاستحالة الشخصية، وهي التي ترجع الى ظروف المدين الاقتصادية[2].
٣. أن تكون الاستحالة مطلقة لا نسبية، وهلاك المبيع قبل التسليم لا يؤدي الى الاستحالة المطلقة اذا كان مالا مثليا، وبالتالي لا ينفسخ العقد لإمكان تسليم مثل الهالك[3].
٤. أن تكون الاستحالة ناتجة عن عمل أجنبي (قوة قاهرة)، فاذا كانت بفعل المدين فان للدائن طلب التعويض عما أصابه من ضرر.
وإن كانت بفعل المشتري ففعله يعتبر قبضا ويكون الهلاك عليه بلا خلاف.
واذا كانت بفعل شخص ثالث يخير المشتري بين طلب الفسخ أو الرجوع على هذا الثالث أو على البائع.

---

[1] ومن تطبيقاته القضائية ما أقرته محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٧٩و١٨٠/ مستعجل/٨٠ في ٢٤/٨/١٩٨٠ من انه: (ليس للمقاول أن يتوقف عن العمل بحجة ان الالتزام أصبح مرهقا للظروف الطارئة بل له طلب التعويض اذا كان له موجب) نقلا عن مشاهدي المبادئ القانونية في قضاء ومحكمة التمييز قسم القانون المدني ٣٥٤/١.

[2] الاستاذ حجازي المرجع السابق ٣٥٤/١.

[3] ومثل الشيء ما يكون مساويا له صورة ومعنى.

٥. أن تكون الاستحالة بعد إبرام العقد، فإذا استحال وجود المعقود عليه قبل العقد كان العقد باطلا[١].
٦. أن تكون الاستحالة كلية بأن يكون الهلاك كليا، فان كان جزئيا[٢] فالاستحالة تكون جزئية، لا تؤدي الى زوال العقد الكلي بانفساخه كليا، وانما يخير المشتري بين الفسخ أو تنقيص الثمن[٣] اذا لم يكن محل العقد قابلا للانقسام.
وجدير بالذكر أنه لا فرق بين الهلاك الحسّي والهلاك الحكمي، كوقوع درة في بحر لم يرج اخراجها، وانفلات طير لا ترجى عودته، وغصب مال أو سرقته لا يرجى الحصول عليه في المستقبل أو معرفة الجاني[٤].
٧. أن يثبت المدين ان استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبي لا يد له فيه، لأن الاستحالة لسبب أجنبي صفة عارضة والأصل عدمها، فإثبات كل ما يخالف الأصل يقع على من يدعيه، واذا لم يستطع إثبات ذلك حكم عليه بالتعويض، لكن يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يطلب الفسخ بدلا من التعويض، وعلى القاضي استجابة الطلب لأن التنفيذ أصبح مستحيلا.

انواع الاستحالة :

تنقسم الاستحالة من حيث طبيعتها الى أنواع أهمها:

أولا- الاستحالة المادية

كما في الصور الآتية:
أ. كون العقد منصبا على ترميم عمارة فتنهار قبل الترميم.
ب. إقامة بناء على بناء سابق فينهار السابق قبل بناء اللاحق.

---

[١] الأستاذ حجازي المرجع السابق بند ٨٥٦.
الأستاذ عبد المجيد الحكيم المرجع السابق ص١٧٨.
[٢] أي اذا كان موضوع (محل) الالتزام قابلا للانقسام كان الانفساخ جزئيا، الأستاذ صلاح الدين الناهي المرجع السابق: ص٨٢.
[٣] الأستاذ حجازي المرجع السابق ١/١٠٩١ بند ٨٥٦.
حاشية شهاب الدين القليوبي على منهاج الطالبين للشيخ محي الدين النووي ٢/٢١١.
[٤] حاشية ابن عابدين ٤/٥٦٦ المدني العراقي م١٢٧ والمصري م١٣١ والسوري م١٣٣ والأردني م٩٣.

ج. وجود عيب خفي[١] في محل العمل يمنع بناء المشروع أو يهدده بالانهيار كالمياه الجوفية، أو وجود مواد كيمياوية تتفاعل مع البناء فيؤدي الى انهياره[٢].

د. وجود عيب في التصميم وواضع التصميم هو المسؤول عن النتائج سواء كان مهندسا أو مقاولا أو رب العمل.

ثانيا- الاستحالة الشخصية:

كموت مقاول أو طبيب أو فنان كانت شخصيته محل اعتبار لمؤهلاته الذاتية أو المكتسبة كالشهادة والسمعة الحسنة. أما اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فيمكن إكمال المشروع أو البناء أو العملية من شخص آخر من ورثة المتوفي يحل محله، واذا لم يتمكنوا فلهم طلب الفسخ من القاضي[٣].

وجدير بالذكر أنه لا يوجد معيار موضوعي للتمييز بين من تكون شخصيته محل اعتبار أو لا، وانما يخضع ذلك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية.

وعجز المقاول او الفنان أو نحوهما قبل التنفيذ يكون بمثابة الموت[٤]. وعلى سبيل المثال، المقاول الذي يصاب بمرض يحول دون تنفيذ ما تعهد به، ليس له أن يطالب صاحب العمل بشيء، وعليه أن يرد ما حصل عليه مقدما اذا لم يقم بما يقابله من العمل.

ثالثا- الاستحالة القانونية:

وهي التي يكون عدم إمكان تنفيذ الالتزام بمقتضى القانون، كاستملاك العقار الذي ينوي صاحبه البناء عليه، أو بأن يكون المقاول خاضعا للخدمة الإلزامية سيق الى الخدمة العسكرية أو سحبت منه إجازته.

---

[١] العيب الخفي هو الذي لا يمكن كشفه بالفحص الاعتيادي.

[٢] المدني العراقي م٨٧٠.

[٣] السنهوري، الوسيط ٢٦١/٧.

[٤] المدني المصري م٦٦٦ والسوري م٦٣٢ والسويسري م٣٧١.

المطلب الرابع
آثار الانفساخ

تترتب على انفساخ العقد آثار متعددة منها ما يأتي:

أولا- زوال العقد وآثاره من الحقوق والالتزامات، فيعد العقد كأن لم يكن، والعقد سبب لآثاره كما في الفقه الإسلامي، أو مصدر لها كما في القانون، ومن البدهي ان المسبب يزول بزوال سببه أو مصدره[١].

ثانيا- يكون زوال الآثار بالأثر الرجعي أي من تاريخ ابرام العقد بشرطين:

أحدهما: أن يكون الانفساخ بقوة قاهرة[٢] قبل القبض، سواء كان العقد فوري التنفيذ أو مستمر التنفيذ.

والثاني: الا يكون العقد من عقود المدة، اذا كان الانفساخ بعد القبض[٣].

ثالثا- انتفاء المسؤولية العقدية للمدين بالنسبة للتنفيذ، وكذا انتفاء المسؤولية التقصيرية بالنسبة للتعويض لعدم خطأ المدين، والخطأ عنصر رئيس في كل مسؤولية، لكن يبقى مسؤولا عن تحمل التبعة (تبعة هلاك العقد أو هلاك الشيء أو كليهما) على أساس آخر غير الخطأ، كما يأتي في بيان تحمل التبعة.

رابعا- عدم الحاجة الى تدخل القضاء وما يتعلق به من الإنذار أو رفع الدعوى أو السلطة التقديرية للقاضي.

---

[١] م١٧٩ عراقي و م١٥٩ مصري و م١٦٠ سوري و م١٦١ ليبي و م٢٤٣ لبناني.

[٢] القوة القاهرة هي أمر لا يستطيع الإنسان أن يدفعه كالظواهر الطبيعية (الفيضان والجفاف والجراد والعواصف والحرائق والزلزال...) وكالحوادث البشرية القاهرة كالحروب وغارات العدو وأفعال السلطة العامة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولا يعد من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على انه بذل ما في وسعه لدرئه ولم يتمكن من ذلك. وكذلك لا يعد من القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق من المدين.

[٣] والا فيعتبر الأثر من تاريخ الانفساخ في عقد الإجارة إذا هلكت العين المستأجرة قبل القبض أو بعده قبل انقضاء مدة الإيجار فتسقط الأجرة بالنسبة لما بعد الهلاك ويكون للمؤجر أجر ما استوفى من المنفعة.

وبتعبير آخر تلقائية الانفساخ تكون بحكم القانون، فليس للقاضي دور في إنشاء الانفساخ أو إقراره.

لكن قد يلجأ في حالة الانفساخ الى القضاء إذا حصل النزاع بين الدائن والمدين بالنسبة لاستحالة التنفيذ وتوافر شروطها وعدم تدخل يد المدين فيها وغير ذلك[١].

خامسا- من أهم المسائل المتعلقة بآثار الانفساخ الخلاف في مسألة تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك من الدائن أو المدين[٢]. وهذه المسألة خلافية بين الفقهاء في فقه القانون وفي الفقه الإسلامي.

وقبل استعراض هذا الخلاف من المفيد التمييز بين تبعة الشيء وتبعة العقد:

أ. المقصود بتبعة الشيء: هي الخسارة التي تتمثل في ضياع قيمة الشيء بهلاكه بقوة قاهرة، وهذا الشيء هو محل العقد وموضوع الالتزام، كهلاك المبيع قبل التسليم وهلاك العين المستأجرة قبل انقضاء مدة الإجارة، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

ب. والمراد بتبعة العقد: تحمل الخسارة التي تترتب على زوال العقد، وعلى سبيل المثل عقد الوديعة باجر مقابل الحفظ اذا هلكت الوديعة (المال المودع) بقوة قاهرة تحمل المودع خسارة هذا الهلاك دون المودع عنده، كما يتحمل المودع عنده تبعة العقد فلا يحق له المطالبة بالأجر بعد الهلاك.

وجدير بالذكر ان من يتحمل تبعة العقد لا يتحمل تبعة الشيء كما في المثال المذكور، لكن في بعض العقود يتحملهما شخص واحد كعقد الإيجار، فإذا هلكت العين المستأجرة قبل التسليم أو بعده، يتحمل المؤجر خسارة هلاك العين فتهلك عليه لأنه مالكها، كما يتحمل خسارة زوال العقد حيث لا يستحق الأجرة بعد هلاك العين المستأجرة.

---

[١] الشرقاوي المرجع السابق: ص٣٣٥.

[٢] الأستاذ السنهوري ٨١٨/١ وما يليها — د.أبو ستيت بند ٣٨٧

د.أنور سلطان: ص٣٧١ وما يليها — د.مرقس: ص٣١٧ وما يليها، بند ٢٤٢ وما يليه

الأستاذ الصدة: ص٤٠٧ بند ٣٨١ — الأستاذ إسماعيل غانم: ص١٩٤ وما يليها

د.محمود جمال الدين زكي ٢٠٤/١ ومايليها — د.توفيق حسن فرج ٣٠٣/١ وما يليها

الشرقاوي ٤١٠/١.

موقف القانون وفقهاء القانون من تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك:

تحديد محل الخلاف:

١- لا خلاف في أن العقد اذا كان ملزما لجانب واحد، يكون الدائن هو المتحمل لتبعة هلاك الشيء الذي هو محل العقد وموضوع الالتزام، فاذا هلك المال الموهوب يكون الموهوب له هو الذي يتحمل خسارة هلاكه مطلقا، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده، حيث ينقضي التزام المدين باستحالة التنفيذ ولا يبقى في ذمته التزام يتحلل منه[1].

٢- لا خلاف في ان المشتري هو الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع في الحالات الآتية:

أ. اذا أعذر لتسلم المبيع فقصر في تسلمه.

ب. اذا كان الهلاك أثناء حبس المبيع لتقصير المشتري في تأخير تسديد الثمن وعدم دفعه وفق ما تم الاتفاق عليه.

ج. اذا كان للمشتري يد أو تسبب في استحالة التنفيذ.

د. اذا تم الاتفاق على أن الهلاك يكون على المشتري قبل التسليم.

ه. اذا كانت استحالة التنفيذ بعد التسليم.

٣- لا خلاف في ان الهلاك يكون على البائع اذا كان له يد في استحالة التنفيذ[2] أو كانت الاستحالة قبل ابرام العقد، كمن باع سيارة وهي محترقة قبل العقد، على تقدير القول بصحة العقد، وكذلك لا خلاف في ان الهلاك اذا كان جزئيا فللمشتري أن يطالبه بالتعويض عن نقص قيمة المبيع وعما أصابه من ضرر بسبب الهلاك أو أن يطلب فسخ البيع مع التعويض اذا كان الهلاك الجزئي مؤثرا.

وانما الخلاف فيما عدا الحالات المذكورة كما في الايضاح الآتي:

أولا- الاتجاه الذاهب الى ان تبعة الهلاك في عقد البيع على المشتري ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه:

١- **القانون الروماني**: حيث كان التزام كل عاقد في عقد البيع منفصلا عن التزام

---

[1] د. اسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع ١٩٦٣: ص١٩٤. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٤٠٧ وما يليها. د.الشرقاوي: ص٣٣٤-٣٣٥.

[2] أو لم يستطع أن يثبت أنه لا يد له في حدوث استحالة التنفيذ.

العاقد الآخر مستقلا عنه، فسقوط أحد الالتزامين لم يكن يترتب عليه عندهم سقوط التزام العاقد الآخر.

ويترتب على ذلك ان المبيع اذا هلك عند البائع قبل التسليم يسقط التزامه، ولكن لا يسقط التزام المشتري بدفع الثمن وبالتالي لا تطبق قاعدة تحمل المدين تبعة الهلاك[1].

٢- **القانون المدني الفرنسي القائم:** اتبع هذا القانون نهج القانون الروماني في أن تبعة الهلاك قبل التسليم تقع على الدائن دون المدين، حيث يؤخذ من نص المادتين ١١٣٨ و ١٦٢٤[2] أن المبيع يكون في ضمان المشتري بمجرد تمام العقد، ومفاد ذلك أنه اذا هلك في المدة الزمنية الواقعة بين إبرام العقد والتسليم، سقط التزام البائع بالتسليم ورغم ذلك يبقى المشتري ملزما بدفع الثمن.

وأساس تحمل الدائن تبعة الهلاك[3] في القانون الفرنسي، خلافا لما أقره أكثر القوانين، وخلافا للقاعدة العامة التي تقضي بأن المبيع قبل القبض في ضمان البائع اختلف فيه، كالآتي:

أ- يرى بعض الفقهاء[4] ان الأساس هو قاعدة: (الغرم بالغنم) مفادها ان المشتري ما دام ينتفع بزيادة المبيع من يوم البيع فمن العدل أن يتحمل نقص المبيع أو هلاكه من هذا الحين أيضا. وانتقد هذا الرأي بأنه خطأ لأن الأمل في الزيادة لا يتعادل مع خطر الهلاك الكلي أو الجزئي.

---

(١) الاستاذ الدكتور أحمد نجيب الهلالي، شرح القانون المدني المصري القديم في العقود ٣٠٣/١.

(٢) ترجمة نصّ م١١٣٨: (متى وقع التراضي بين المتعاقدين لزم تسليم المعقود عليه لزوما تاما وهذا الالتزام يصير العاقد مالكا ويجعل الشيء الذي يجب تسلمه من وقت وجوب تسلمه على ذمته ربح أو خسر ولو لم يصرح بذلك، ما لم يكن ماطل الملزوم بالتسليم في ذلك، فانه في هذه الحالة يكون ذلك الشيء على ذمته واذا تلف لزمه).

ترجمة نصّ م١٦٢٤: (ضمان ما تلف من المبيع كله أو بعضه أو ما تعيب منه قبل قبضه يكون على البائع أو المشتري طبق ما هو مقرر في كتاب العقود والالتزامات).

(٣) هو غير الأساس الذي أقره القانون الروماني وهو استقلالية كل من الالتزامين عن الآخر وقت التنفيذ كما ذكرنا.

(٤) كولان وكابتان من فقهاء فرنسا. نقلا عن الاستاذ الهلالي، المرجع السابق ٣٠٣/١.

ب- وقال بعض[1] أن الرأي الصحيح هو أن القانون الفرنسي بنى اتجاهه على قاعدة اخرى وهي أن: (هلاك المال يكون على صاحبه) ومفادها ان المشتري أصبح مالكا بمجرد العقد ولهذا قضى المشرع الفرنسي بأنه هو الذي يتحمل هلاك المبيع من وقت التعاقد.

وقد حاول بعض الشراح الفرنسيين[2] أن يبرروا نص القانون الفرنسي ويوفقوا بينه وبين القواعد العامة، فذهبوا الى تخطئة من قالوا بأن هلاك المبيع يمنع البائع من تنفيذ التزامه، وذلك لأن البائع قد التزم بنقل الملكية للمشتري وقد أوفى بهذا الالتزام فعلا بمجرد تمام العقد، ولهذا يجب على المشتري كذلك أن يقوم بالتزامه ولو هلك المبيع، لأن سبب التزامه هو التزام البائع وقد قام البائع بما يجب عليه.

ويناقش هذا التبرير بانه رغم كونه تعليلا فنيا الا انه لا يرفع عن المشرع الفرنسي عيب الأخذ بالاتجاه المذكور، لأنه يتنافى مع العدالة حيث يدفع المشتري في الواقع الثمن بدون مقابل ويخسر شيئين في آن واحد وهما المبيع والثمن، اضافة الى ان الذي يهم المشتري من تعهدات البائع هو قيام الأخير بتسليم المبيع بالفعل، حيث يتمكن من الانتفاع به والتمتع بثمراته، وهذا الالتزام هو الذي يقابل في نظر المتعاقدين التزام المشتري بأداء الثمن[3].

ج- وهناك تشريعات اخرى أخذت باتجاه التشريع المدني الفرنسي فأقرت قاعدة: (الملك يهلك على مالكه)، ومن هذه التشريعات القانون المدني الالماني المادة (٤٤٦) بالنسبة للعقارات المسجلة، حيث نصت على أنه اذا حصل القيد في السجل العقاري قبل التسليم خرج المبيع عن ضمان البائع الى ضمان المشتري، وقانون الالتزامات السويسري حيث نصت المادة (١٨٥) منه على ان منافع الشيء ومخاطره تنتقلان الى المشتري بمجرد إبرام العقد، عدا الاستثناءات التي تنشأ عن الظروف أو من الشروط الخاصة في العقد. ثم بينت المادة (٢٢٠)

---

[1] منهم بلانيول. نقلا عن المرجع السابق.

[2] ومنهم سالي الذي نقد النصّ الفرنسي في كتابه (نظرية الالتزامات في مشروع القانون المدني الألماني ص٢٠٠ بند ١٨٠) نقلا عن الهلالي ١/٣٠٤.

[3] المرجع السابق ١/٣٠٤.

منه أنه في حالة اتفاق الطرفين على تحديد أجل لتسليم العقار فان منافع العقار ومخاطره يفترض فيهما عدم انتقالهما الى المشتري الا منذ حلول ذلك الأجل[١].

وأخذ بهذا الاتجاه أيضا تقنين الموجبات والعقود اللبناني الفقرة الثانية من المادة (٣٩٦) و (٢٤٣) التي نصت على وجوب تحمل المشتري مخاطر المبيع منذ صيرورة العقد تاما[٢] كما بينت المادة (٣٩٨) منه أنه اذا كان البيع تخييريا وقد عينت مهلة للاختيار، فان المشتري يتحمل مخاطر المبيع بعد وقوع الاختيار ما لم يكن ثمة نصّ مخالف.

وذهب المشرع الموريتاني[٣] الى ما يقرب من اتجاه المشرع اللبناني غير ان في هذا الذهاب تفصيلا لا نجده في التشريع اللبناني، حيث نصّت المادة (٥٠٣) على أنه: (بمجرد تمام العقد يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم اذا كان البيع فاسدا أو كان المبيع غائبا منقولا أو كان مما لا يتم تسلمه الا بوزن أو كيل أو عد).

ويبدو لي ان هذه المادة ناقصة وان الصواب هو الا اذا كان العقد فاسدا الى آخره، لأن العقد الفاسد لا ينقل الملكية قبل التسليم وكذا المبيع الغائب المنقول وما يتم تسليمه بالوزن أو الكيل أو العد لأن الملكية تنتقل بالإفراز.

ومن التشريعات التي تعتبر التسليم شرطا واقفا لنقل الملكية الى المشتري القانون النمساوي والقانون الإنكليزي فهما يوقفان نقل الملكية الى حين التسليم ولذلك يجعلان المبيع في ضمان البائع حتى ذلك الحين[١].

ثانيا- الاتجاه القائل بأن تبعة الهلاك على المدين، بالنظر للانتقادات الموجهة الى القانون الفرنسي وما حذا حذوه من القوانين الأخرى، فقد ذهب كثير من القوانين الحديثة الى

---

[١] نقلا عن د.كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد البيع دراسة مقارنة: ص١٥٥ هامش [١].

[٢] نصّ المادة: يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاما ما لم يكن ثمة نص مخالف أن يتحمل:
أولا- الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع.
ثانيا- نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها.
ثالثا- مخاطر العين المعينة.

[٣] الجريدة الرسمية للجمهورية الاسلامية الموريتانية، الصادرة في أكتوبر ١٩٨٩.

[٤] د. الهلالي، المرجع السابق ٣٠٤/١ هامش [٤].

ان المبيع يبقى في ضمان البائع لحين التسليم، ومن هذه القوانين القوانين العربية الحديثة كما ذكرنا نصوصها في مقدمة هذا المبحث، غير انها استثنت من هذه القاعدة حالات منها ما يأتي:

أ. حالة إعذار المشتري بتسلم المبيع (م٥٤٧) عراقي.
ب. حالة الاتفاق على أن يكون الهلاك بعد العقد وقبل القبض على المشتري.
ج. اذا وضع المشتري اليد على المبيع قبل دفع الثمن دون إذن البائع (م٥٧٨) عراقي.
د. الإتلاف من المشتري.
ه. اذا كان البيع تجاريا فتبعة الهلاك على المشتري لأنها تدور مع انتقال الملكية وجودا أو عدما وذلك اعتبارا من تسليم المبيع الى عميل النقل أو الى الناقل أو الى الشخص المأمور بنقل الأمتعة، لأن هذا التسليم الحكمي يقوم مقام التسليم الحقيقي فللمشتري التصرف بالبضاعة (م١٥٣) التجاري.

وعلّل أنصار هذا الاتجاه موقفهم هذا بأن الالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعي للالتزام بنقل الملكية، الا انه ليس التزاما ثانويا، فلن تخلص الملكية للمشتري (أي لم يتم العقد بعد من حيث الآثار الا بالتسليم)، حيث ان التسليم هو الذي يمكن المشتري من الانتفاع فعلا بالمبيع، والتسليم هو الذي يقي المشتري خطر تصرف البائع في المبيع مرة ثانية للغير، اذ يغلب أن لا يقدم الغير على الشراء من البائع الا اذا كان المبيع لا يزال في يده[1].

موقف الفقه الاسلامي :

انقسم فقهاء الشريعة كفقهاء القانون بالنسبة لتحديد الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل التسليم الى اتجاهين، اتجاه ربط تبعة الهلاك بالملكية أي ان المال المملوك اذا هلك هلك على مالكه. بينما ذهب إتجاه جمهور فقهاء الشريعة الى ربطها بالتسليم[2].

---

[1] الاستاذ الشرقاوي، المرجع السابق: ص٢٣٧.

[2] وجدير بالذكر ان هذا الاختلاف لا يجري في عقد الاجارة حيث اذا هلكت العين المستأجرة هلكت على مالكها بلا خلاف وانما الخلاف في عقد البيع.

ومن أنصار الاتجاه الأول فقهاء الظاهرية، قال ابن حزم (رحمه الله) في كتابه المحلى[٣]: (كل بيع صح ثم هلك المبيع اثر تمام البيع فمصيبته من المبتاع[٤] وكذلك كل ما عرض فيه من عيب أو نقص سواء في كل ذلك كان المبيع غائبا أو حاضرا الى آخره).

ومن أنصار الاتجاه الثاني فقهاء الحنفية في مرشد الحيران للمرحوم محمد قدري باشا (رحمه الله) المادة (٤٦٠): (اذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع[٥] ويرجع المشتري على البائع بالثمن اذا كان مدفوعا).

واضافة الى الاتجاهين المذكورين ذهب بعض الفقهاء (كالمالكية)[٤] والشافعية[٥] والأباضية[٦] الى تفصيل عقيم لم أجد فائدة عملية فيه وبوجه خاص في هذا العصر المتطور اقتصاديا، كالتفرقة بين كون المبيع عبدا أو جارية وكونه ثمرا أو نحو ذلك، لذا أهملت هذا التفصيل.

ويفهم من كلام الحنابلة ان محل العقد اذا كان مثليا فتبعة الهلاك على البائع، واذا كان قيميا فعلى المشتري[٧]، ويتفق الامامية مع الحنفية في أن المدين هو الذي يتحمل تبعة الهلاك مطلقا سواء كان المحل مثليا أو قيميا[٨].

أما آثار الانفساخ لسبب أو آخر غير هلاك المبيع قبل التسليم بما أنها نفس الآثار التي تترتب على إبطال العقد في الفقه الاسلامي في حالات بقاء محل العقد وإعادة كل من العوضين لصاحبه قبل التعاقد، فان بيان تلك الآثار يبحث في المبحث الثالث بإذن الله استبعادا للتكرار.

---

(١) ٣٧٩/٨ بند ١٤٢١.

(٢) أي على المشتري ولا رجوع له على البائع بما دفعه له من الثمن.

(٣) أي انفسخ تلقائيا.

(٤) ومن المراجع المعتمدة في فقه المالكية ينظر الشرح الصغير للدردير ١٩٥/٣ وما يليها.

(٥) ومن المراجع المعتمدة في فقه الشافعي ينظر المهذب لأبي اسحق الشيرازي ٢٩٦/١.

(٦) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ٥١٤/٨.

(٧) في المغني لإبن قدامة (٥٦٩/٣): (اذا تلفت السلعة في مدة الخيار"أي خيار المجلس" فلا يخلو أما ان تكون قبل القبض أو بعده، فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو موزونا انفسخ البيع وكان من مال البائع، ولا أعلم في هذا خلافا، الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره. وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم يمنع المشتري من قبضه، فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض).

(٨) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٣٣٦/١.

الراجح فيما يتعلق بتحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك:

يرى الباحث ان الرأي الراجح العادل هو أنه في عقد البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب أجنبي (قوة قاهرة) تحمل المتعاقدان تبعة الهلاك مناصفة.

أما تحمل البائع لنصف التبعة فلأنه رغم تنفيذ التزامه الرئيس وهو نقل ملكية المبيع الى المشتري، الا انه لم ينفذ التزامه الثاني الذي يلي الالتزام الأول في الأهمية وهو التسليم، ولأن ملكية ا لمشتري لا تتم كاملة الا بعد التسليم.

وأما تحمل المشتري فلأنه أصبح مالكا للمبيع رغم عدم تمام هذه الملكية قبل تسلمه له، وبهذا يجمع بين الأساسين المذكورين لتحمل التبعة أساس ربط التحمل بالتسليم وأساس ربطه بالملكية.

اضافة الى ما في هذا الحكم من العدالة وعدم إلقاء الثقل الكامل على أحد العاقدين وحده وفي القول أن المدين (البائع) هو الذي يتحمل التبعة فيه شائبة الظلم، حيث يخسر الثمن والمبيع في وقت واحد دون أن يكون له أي تقصير أو ذنب.

وتحمل الدائن (المشتري) لتبعة الهلاك تحملا كاملا أيضا فيه نفس الشائبة، لأنه يدفع الثمن كاملا مقابل لا شيء.

والقول بتحمل العاقدين تبعة الهلاك مناصفة نصّت عليه المادة (٦٤٩)[1] من المشروع الذي أعد عام ١٩٨٥ للقانون المدني العراقي، ولكنه لم يرَ النور لحد الآن، ولم أجد المصدر الذي نقل منه هذا الحكم.

---

[1] نصّ المادة (٦٤٩):-

اولا- اذا هلك المبيع هلاكا كليا أو جزئيا بسبب أجنبي قبل تسليمه الى المشتري تحمل المتعاقدان تبعة الهلاك مناصفة ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك.

ثانيا- اذا حصل الهلاك بعد إعذار المشتري بتسلم المبيع تحمل المشتري وحده تبعة الهلاك.

المبحث الثالث

الإبطـال

الإبطال من باب الإفعال مصدر أبطل وقد جاء متعديا يقال أبطلت الشيء: جعلته باطلا، كما ورد لازما يقال أبطل فلان: جاء بكذب وأدعى باطلاً، ومجرده بطل يقال بطل الشيء يبطل بُطلا وبطولا وبطلاناً: ذهب ضياعا، ويقال ذهب دمه بُطلا أي هدرا[١]. والمعنى الأول هو أقرب المعاني الى معناه الاصطلاحي في القانون والفقه الإسلامي.

الإبطال في القانون: إزالة عقد منتج لآثاره وحامل لجرثومة تهدد بقاءه[٢]، ويسمى هذا العقد في الفقه الغربي والقوانين العربية المتأثرة به العقد القابل للابطال (أو الباطل بطلانا نسبيا)[٣]. ويكون العقد قابلا للابطال اذا اكتمل وجوده وتوافرت أركانه ولكنه فقد شرطا من شروط صحة ركن الرضا وأهم هذه الشروط: الأهلية وسلامة الرضاء (خلوه من عيب من عيوب الرضاء).

وبناء على ذلك يقع العقد قابلا للابطال في إحدى حالتين:

احداهما: اذا كان أحد عاقديه ناقص الأهلية بالنسبة الى عقده.

والثانية: اذا شاب رضا أحد الطرفين غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

وقابلية العقد للإبطال لا ترجع الى طبيعة الأشياء ولا الى المصلحة العامة مباشرة، وانما ترجع الى الرغبة في حماية أحد العاقدين من خطر ما أصاب إرادته من مرض يسمى عيب الارادة وهو الغلط أو التدليس أو الإكراه او الاستغلال[٤]، وقد عالج فقهاء القانون هذا الموضوع تحت عناوين مختلفة في التعابير منها: سلامة الرضا[١] وأمراض العقد أو عيوب

---

[١] لسان العرب فصل الباء حرف اللام ٥٩/١٣.

[٢] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق

[٣] أي بالنسبة لمن تقررت القابلية للابطال لمصلحته.

[٤] الاستاذ مرقس، اصول الالتزامات: ص٢٣٢ وما يليها.
الاستاذ حجازي: النظرية العاملة للالتزامات، مصادر الالتزام ٢٨٥/١ وما يليها.

[١] مرقس: ص١٧٤.

الارادة[٢] أو عيوب الرضا[٣] أو صحة الرضا،[٤] والتعبير الدقيق هو عيوب الارادة بدلا من تعبير عيوب الرضا الذي كان شائعا في الفقه المصري قبل التقنين الجديد ولا يزال شائعا في الفقه الفرنسي، علما بأن بينهما فرقا جوهريا وهو ان الرضا يتكون من اندماج ارادتين (أو تعبيرين عن ارادتين) أي انه واقعة مزدوجة مركبة، فلا يقال أنه معيب بغلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال لأن هذه العيوب تأثيرها يقتصر على ارادة العاقدين، فاذا فرض ان ارادة كل من العاقدين كانت معيبة في تكوينها فلا يتصور ان لا يتمسك بهذا العيب الا احدهما، لذا العبرة في عيوب الإرادة هي بإرادة أحد العاقدين فقط، وبالتالي كان عيب الإرادة واقعة فردية، فالتعبير الصحيح هو أن يقال عيوب الإرادة لا عيوب الرضا[٥].

المطلب الأول
العقد القابل للإبطال والعقود ذوات الصلة به

هناك عقود لها صلة بعيدة أو قريبة بالعقد القابل للابطال أهمها: الباطل بطلانا مطلقا، والعقد الموقوف، والعقد الفاسد، والعقد النافذ غير اللازم.

أولا- العقد القابل للإبطال والباطل بطلانا مطلقا [٦]

رغم ان القابل للإبطال يتحد مع الباطل بطلانا مطلقا من حيث النتيجة بعد ابطاله، فان الأول يتميز منه بخصائص وميزات أهمها ما يأتي:

١- له وجود حقيقي قانوني بخلاف الثاني فان وجوده صوري.

---

[٢] حجازي ١/٢٩٤.

[٣] أنور سلطان ١/١٦٠.

[٤] توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام ١/٩٣.

[٥] حجازي ١/٢٩٤.

[٦] وقد نصّت المادة (١٣٨) من المدني المصري على أنه: (اذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ولكن يجوز لنائبه في حياته أو وارثه بعد وفاته أن يتمسك بهذا الحق بل يجوز أن يباشره بالنيابة عنه دائنوه عن طريق الدعوى غير المباشرة) مرقس: ص٢٣٣، الصدة، مصادر الالتزام: ص٢٨٤.

٢- ينتج آثاره وتستقر هذه الآثار بالإجازة بخلاف الثاني، فانه لا ينتج الآثار الأصلية بصفته تصرفا قانونيا.
٣- تلحقه الإجازة بخلاف الثاني، لأنه معدوم فلا تلحقه الإجازة.
٤- يتحول الى الصحيح اللازم بالتقادم بخلاف الثاني.
٥- مدة عدم سماع الدعوى فيه بالتقادم فيه ثلاث سنوات وفي الثاني (١٥) سنة.
٦- لا يتمسك به سوى من تقررت القابلية للإبطال لمصلحته بخلاف الثاني فان لكل ذي مصلحة أن يتمسك به.
٧- أسباب الأول الرئيسة نقص أهلية أحد العاقدين أو إصابة إرادته بعيب من العيوب المسماة بعيوب الإرادة.
بينما أسباب الثاني مخالفته للقواعد الآمرة أو النظام العام أو الآداب العامة أو تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط انعقاده.
٨- يجوز التنازل عنه من قبل من له حق التمسك به بخلاف الثاني فان التنازل عنه مخالف للنظام العام لأن أساسه حماية المصلحة العامة أو النظام العام أو الآداب.
٩- ليس للمحكمة أن تقضي بإبطاله ما لم يطلبه صاحب الحق بخلاف الثاني فان لها أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها.
١٠- أساس الأول رعاية المصلحة الخاصة وأساس الثاني رعاية المصلحة العامة غالبا كما في حالتي عدم مشروعية المحل والسبب.
١١- اذا كان السبب عدم صحة الرضا ففي الأول الرضا معيب وفي الثاني معدوم[١].

ثانيا- العقد القابل للابطال والعقد الموقوف

ظنَّ بعض فقهاء القانون[٢] ان هذين العقدين مترادفان، غير ان الأول مصطلح الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به، والثاني مصطلح الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به. غير ان هذا الظن غير مطابق للواقع لأنهما يختلفان في أمور جوهرية، أهمها ما يلي:
١- من حيث الآثار: العقد القابل للإبطال تترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح قبل

---

[١] الاستاذ الدكتور أبو ستيت، مصادر الالتزام ٢٦٠/١ وما يليها. الاستاذ مرقس: ص٢٣٢ ومايليها. الاستاذ توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام ٢٠١/١.
[٢] الاستاذ مرقس، أصول الالتزامات: ص٢١١.

الإجازة غير أنها قابلة للزوال بإبطال العقد.

بخلاف الموقوف فانه لا ينتج الآثار القانونية والشرعية إلا بعد إجازته ممن يملك حق هذه الإجازة.

٢- من حيث الأسباب: أسباب قابلية العقد للإبطال نقص أهلية العاقد أو إصابة إرادته بمرض من أمراض العقد[1]. بينما أسباب توقف العقد تختلف عنها وهي كثيرة ويمكن ارجاعها الى ثلاثة رئيسة وهي:

أ- عدم الولاية على محل العقد كما في عقد الفضولي.

ب- أو عدم الولاية على نوع التصرف كعقد ناقص الأهلية.

ج- أو تعلق حق الغير كالوصية بأكثر من ثلث التركة فهي في الزيادة موقوفة على إجازة الورثة بعد وفاة الموصي لتعلق حق الورثة بالتركة وكتجاوز الولي حدود ولايته وتجاوز الوكيل حدود وكالته.

٣- العقد القابل للابطال أقرب الى الصحة منه الى البطلان، لأنه ينتج آثاره رغم كونها قابلة للزوال بالإبطال، في حين ان العقد الموقوف أقرب الى البطلان منه الى الصحة لأنه لا ينتج آثاره الا بعد الإجازة[2].

٤- القابل للابطال يعد من العقود غير الصحيحة أما العقد الموقوف فانه قسم من أقسام العقد الصحيح[3].

ثالثا – العقد القابل للابطال والعقد الفاسد

فقهاء القانون يعتبرون العقد القابل للابطال عقدا غير صحيح، وبهذا المفروض أنه يرادف الفاسد عند الحنفية، غير انهما يختلفان من أوجه متعددة منها ما يأتي:

---

(١) وأمراض العقد تختلف قوة وضعفا بحسب نوعها فقد تكون غير قابلة للبرء كمخالفة القاعدة الآمرة أو النظام العام أو الآداب العامة أو تخلف ركن أو شرط انعقاد... فهذه الأمراض غير قابلة للبرء فالعقد المصاب بها يولد ميتا لذا يسمى باطلا بطلانا مطلقا. وقد تكون الأمراض خفيفة قابلة للبرء كنقص أهلية العاقد، والغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فهي تعالج بالإجازة من الولي أو ناقص الأهلية بعد البلوغ وبعد انكشاف الغلط وزوال الإكراه.
الأستاذ حجازي، المرجع السابق ١/٢٨٥ وما يليها.

(٢) الاستاذ مرقس المرجع السابق: ص٢١٠.

(٣) فتح القدير ٦/٤٠٠ وما يليها، رد المحتار لإبن عابدين ٥/١١٣.

١- من حيث الأسباب أسباب العقد الفاسد عند الحنفية كثيرة أهمها خمسة كما ذكرنا سابقا وهي الإكراه والغرر والضرر والربا والشرط الفاسد، وأسباب العقد القابل للابطال أيضا خمسة ولكنها تختلف عن أسباب الحنفية المذكورة باستثناء الاكراه فهي في القانون إضافة الى الإكراه الغلط والتدليس والاستغلال ونقص الأهلية.

٢- من حيث الآثار فالفاسد عند الحنفية لا تترتب عليه الآثار الا بعد القبض وحتى بعد القبض لا يفيد الا ما يسمى الملك الخبيث[1] بينما العقد القابل للابطال تترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح.

٣- الفاسد عند الحنفية يجب فسخه وللقضاء أن يحكم بفسخه من تلقاء نفسه لما يتعلق به من حق الله.

في حين تترك الحرية في القابل للابطال لمن تقررت القابلية للابطال لمصلحته ان شاء أجازه وإن أراد أبطله ولا يملك القاضي سلطة الحكم بإبطاله الا بعد تقديم طلب به من قبل صاحب الحق أو من ينوب عنه.

٤- الفاسد عند الحنفية لا يتأثر بالتقادم ولا يتحول الى الصحيح الا بعد ازالة سبب فساده بخلاف القابل للإبطال فانه يتحول الى الصحيح بعد مضي ثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ زوال سببه.

رابعا – القابل للإبطال والعقد النافذ غير اللازم

الصلة قوية بين هذين العقدين بحيث يمكن أن يقال انهما يتفقان من الأوجه الآتية:

١- كل منهما ينتج آثاره غير أنه معرض للزوال وبالتالي لزوال تلك الآثار بالفسخ في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به والإبطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به.

٢- لمن يتمسك بعدم اللزوم في كل منهما حق الخيار بين الفسخ (أو الإبطال) وبين إجازته التي تسمى الإمضاء في الفقه الإسلامي.

٣- من حيث ان كلا منهما قسيم للباطل وللصحيح النافذ اللازم وقسيم الشيء مباين له[2] لكنهما يختلفان من أوجه اخرى منها:

---

[1] بدائع الصنائع ٣٢٤٢/٧ وما يليها.

[2] تبيين الحقائق للزيلعي ٣١/٤ وما يليها.

أ) ان النافذ غير اللازم عقد صحيح بخلاف القابل للابطال فهو في الفقه الغربي لا يعد من العقود الصحيحة.

ب) من حيث الأسباب فأسباب كون العقد نافذا غير لازم في الفقه الإسلامي أما سبب ذاتي أي طبيعة العقد نفسه كعقد الوكالة والإعارة والوديعة أو سبب عارضي وفي هذا السبب قد يتفقان كما في عقد من وقع في الغلط في صفة جوهرية وقد يختلفان فنقص الأهلية سبب لتوقف العقد على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي بينما سبب لقابلية العقد للابطال في الفقه الغربي ورغم هذه الاختلافات وغيرها فان العقد النافذ غير اللازم في الفقه الإسلامي أقرب عقد الى القابل للابطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به ولكن بحسب التطبيقات النسبة بينهما عموم و خصوص من وجه، فهما يجتمعان في حالات التدليس والغلط والاكراه عند بعض الفقهاء كالمالكية[1]، ويفترقان في تطبيقات اخرى فعقد الرهن نافذ غير لازم بالنسبة للدائن المرتهن وكذا عقد الكفالة بالنسبة للمكفول له وعقد الوكالة والاعارة والوديعة بالنسبة للعاقدين، في حين ان هذه العقود كلها غير قابلة للابطال ما لم يتوفر فيها سبب من أسباب القابلية للابطال.

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي اعتبر عيوب الإرادة من أسباب توقف العقد خلافا للفقه الإسلامي والفقه الغربي[2].

ومن القوانين المدنية العربية المتأثرة بالفقه الغربي في العقد القابل للابطال واختيار التقسيم الثلاثي للعقد (الباطل بطلانا مطلقا والقابل للابطال والصحيح) القوانين الآتية: المدني المصري المواد (١١١-١٣٠)، والسوري المواد (١١٢-١٣١)، والليبي المواد (١١١-١٣٠)، واللبناني المواد(٢٣٣-٢٤٤)، والكويتي المواد (١٧٩-١٨٣)، والجزائري المواد(٨٠-٩١)، والقطري المواد (٣٦-٤٢)، والمغربي الفصول (٣٩-٥٦)، والتونسي الفصول (٤٣-٦١).

---

(١) في شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ٩/٥: (ان شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فان صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم وان صح).

(٢) المدني العراقي المواد (١١٢ – ١٣٤).

المطلب الثاني
أسباب كون العقد قابلا للابطال

يستنتج من القوانين المذكورة المتأثرة بالفقه الغربي ان الأسباب الرئيسة لصيرورة العقد قابلا للابطال خمسة كما ذكرنا، وهي: نقص الأهلية، والغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال.

ونتناول بحث هذه الأسباب بحثا بعيدا عن الإيجاز المخل والتطويل الممل بإذن الله.

اولا- نقص الأهلية [1]

تتطور أهلية الانسان حسب تطور حياته ومرورها بالمراحل الأربع الآتية:

١- أهلية الوجوب الناقصة وهي صلاحية الانسان لأن يكون له بعض الحقوق التي لا تحتاج الى القبول كحق الميراث والوصية والوقف من الحقوق المالية وحق النسب وحماية الحياة في غير المالية.

وتثبت له هذه الحقوق منذ تكونه وهو جنين في بطن أمه فاذا ولد حيا تستقر له الحقوق المالية وبناء على ذلك تكون للجنين شخصية قانونية غير مستقرة لأن الأهلية لهذه الحقوق تستلزم وجود شخصية والا فكيف يتصور الحقوق المالية لمن لا توجد له أية شخصية قبل ولادته.

وهذا خلافا لما ذهبت اليه القوانين من ان شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته ومنها المدني العراقي المادة (١/٣٤) التي تنصّ على أنه: (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته) ولا يكون عليه أي نوع من الالتزامات.

وتبطل الوصية والوقف وتوزع حصته من الميراث على بقية الورثة كل حسب استحقاقه اذا ولد الجنين ميتا واذا ولد حيا ثم مات بعد لحظات تنتقل هذه الحقوق الى ورثته.

٢- أهلية الوجوب الكاملة وهي صلاحية الانسان لأن تكون له الحقوق المالية وغير المالية وعليه بعض الالتزامات كالزكاة في ماله على الخلاف بين الفقهاء، وكنفقة من

---

[1] السنهوري، الوسيط ٢٩٠/١. مرقس ص١٥٧. الصدة ص١٥٩.

تجب عليه نفقته اذا كان له المال[1].

وتثبت له هذه الأهلية بعد ولادته حيا وتستمر مدى حياته ولا تتأثر بعوارض الأهلية لأن الحقوق المالية متعلقة بذمته والذمة تولد مع ولادة الانسان وتنتهي بموته وكذا بعض حقوقه غير المالية كحماية حياته ونسبه، أما الرضاعة والحضانة والولاية فانها تنتهي باستغنائه عنها.

وقبل سن التمييز تكون تصرفاته المالية كافة باطلة[2] ولا يسأل عن تصرفاته الجزائية لكنه يسأل في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به عن تصرفاته المدنية الضارة، فاذا أحدث ضررا بمال الغير أو أنقص قيمته يجب التعويض في ماله، فاذا لم يكن له المال يدفعه وليه ثم يرجع عليه عندما يكون له المال[3].

وسر هذه المساءلة هو ان الخطأ الذي يكون عنصرا من عناصر المسؤولية التقصيرية لا يشترط في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به أن يتوافر فيه عنصره المعنوي: (وهو ادراك المخل بالواجب القانوني بأنه أخل بواجبه القانوني).

٣- أهلية الأداء الناقصة وهي صلاحية الانسان لممارسة بعض حقوقه فتصرفاته النافعة نفعا محضا كقبول التبرعات صحيحة مطلقا أجازها الولي أم لا.

وتصرفاته الضارة ضررا محضا باطلة مطلقا كتبرعاته باستثناء وصيته[4] وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر – كما في المعاوضات – قابلة للابطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به[5] وموقوفة في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به[1].

---

[1] في الأنوار لأعمال الأبرار ١٨٤/١: (تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون لا الجنين ويجب على الولي الإخراج).

[2] المدني العراقي (م٩٦): (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن اذن له وليه).

[3] المادتان (١٨٦ و ١٩١) من المدني العراقي.

[4] مرد صحة وصيته رغم انها تبرع الى أمرين:

أحدهما: ان ملكية الموصى به لا تنتقل الى الموصى له الا بعد وفاة الموصي فلا يلحقه أي ضرر في حياته.

والثاني: ان ناقص الأهلية مثل كامل الأهلية في حاجته الى ثواب الآخرة.

[5] منها المدني المصري (م١١١) التي نصّها: (التصرفات المالية التي يقوم بها الصبي المميز تكون صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا، وان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر)

ويتمتع الانسان بهذا النوع من الأهلية أثناء المدة الواقعة بين الدخول في سن التمييز والدخول في سن الرشد.

ووقت الأول اكمال السابعة من العمر المادة (٩٧/٢) من المدني العراقي التي نصّها: (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) وسن الرشد تختلف باختلاف الاتجاهات القانونية ففي المدني العراقي يدخل الإنسان سن الرشد وكمال الأهلية باكمال الثامنة عشرة من العمر كما في المادة (١٠٦) التي نصّها: (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة).

وسن التمييز التي حددها المدني العراقي بإكمال السابعة من العمر إنما هي بالنسبة للقضايا المدنية واما في القضايا الجزائية فانها تكون بإكمال التاسعة من العمر وفق م٤٧ من قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.

وناقص الأهلية كما يسأل مدنيا مسؤولية كاملة فأنه يسأل أيضا اذا ارتكب فعلا جرميا مسؤولية مخففة وفق قوانين العقوبات وقوانين رعاية الأحداث.

٤- أهلية الأداء الكاملة: وهي صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه المالية وغير المالية كافة ولتحمله مسؤولية تصرفاته غير المشروعة مدنية كانت أو جزائية ما دامت هذه الأهلية سالمة من عوارضها وهذه العوارض منها ما يعدم أهلية الأداء بنوعيها كالجنون ومنها ما يحول كامل الأهلية الى ناقص الأهلية كالعته والسفه بعد الحجر عليه ومنها ما لا تأثير له على أصل الأهلية ولكنه يحدد صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه في بعض القضايا كمرض الموت حيث تعتبر تبرعات المريض مرض الموت خاضعة لأحكام الوصية، وجدير بالذكر ان القوانين العربية الحديثة تأثرت بالفقه الإسلامي وأصوله في تقسيمات الأهلية المذكورة[٢].

---

[١] منها المدني العراقي (م٩٧/١)، غير أن قانون رعاية القاصرين المعدل رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ أجرى تغييرات جذرية فيما يتعلق بمضمون هذه المادة.

[٢] ينظر: في تفصيل الأهلية وأقسامها، كشف الأسرار على أصول الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي ٤/١٣٥٧ وما يليها، ط ١٣٠٧هـ.

ثانيا – عيوب الارادة

وهي اربعة: الغلط، والتدليس، والاكراه، والاستغلال. وتوزع دراستها على اربعة مطالب.

الفرع الاول: الغلط

الغلط في اللغة ورد بعدة معان منها أن تعيا بالشيء فلا تعرف وجه الصواب فيه. والغلط في كل شيء هو أن يعيا الإنسان عن جهة صوابه من غير تعمد، والعرب تقول غلط في منطقه وغلت في الحساب وبعضهم يجعلهما لغتين بمعنى واحد[1]، وهذا الأخير هو الصحيح لأن الغلط لغة العرب والغلت لغة الفرس وهما بمعنى واحد هو إدراك ما ليس بصواب.

الغلط في الاصطلاح القانوني:

يكاد فقهاء القانون -ممن أطلعت على آرائهم في هذا الصدد- يتفقون على أن الغلط وهم يقوم بذهن شخص يصور له الأمر على غير حقيقته[2].

وهذا التعريف معيب لأن إدراك العاقد الواقع في الغلط أقوى من الوهم الذي هو أدنى درجة من درجات ادراكات الإنسان كما في الإيضاح الآتي:

للعلم معنيان خاص وعام. العلم بمعناه الخاص هو اليقين. والعلم بمعناه العام هو مطلق الإدراك الشامل للدرجات الخمس الآتية:

---

(1) لسان العرب فصل الغين حرف الطاء ٩/٢٣٨.

(2) الاستاذ السنهوري ١/٣١١.

الاستاذ صوفي أبو طالب. الوجيز في القانون الروماني ص١٧٥.

الاستاذ مرقس، المرجع السابق.

الاستاذ أبو ستيت، المرجع السابق ١/٦٤.

الاستاذ الصدة، المرجع السابق ص١٨٢.

الاستاذ أنور سلطان، المرجع السابق ١/١٦٠.

الاستاذ حجازي ١/٢٩٥.

وغيرها من المراجع القانونية باستثناء تعريف نقله الاستاذ صلاح الدين الناهي (مبادئ الالتزامات ص٦١) عن الفقيه الفرنسي الاستاذ سالي حيث عرف الغلط بأنه عدم الوفاق بين الإرادة الحقيقية (الباطنية) والإرادة المعبر عنها.

١- اليقين: هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع كالعلم بأن الحنطة مادة غذائية رئيسة للإنسان.

٢- الجهل المركب[1] : هو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع كالاعتقاد بأن المسكرات قابلة للتعامل بين المسلمين.

٣- التقليد: هو الاعتقاد الجازم غير الثابت كاعتقاد المقلد بصحة رأي مقلده وهذا الاعتقاد قابل للزوال بتقليد شخص آخر رأيه يخالف رأي الأول.

٤- الظن: هو الاعتقاد غير الجازم بالطرف الراجح مما تعلق به ادراكه.

٥- الوهم: هو الطرف المرجوح المقابل للظن فالطالب المجتهد يظن نجاحه ٩٠٪ ولكن يتصور فشله ١٠٪ فهذا التصور الضعيف المقابل للظن هو الوهم.

ووجه خطأ استعمال الوهم في تعريف الغلط هو أن كل وهم في شئ يستلزم في نفس الوقت الظن بمقابله الراجح وهذا يعني أن العاقد اذا اشترى مزهرية مثلا ظن أنها غير أثرية ولكن في نفس الوقت وهم أنها أثرية فترك العمل بمقتضى ظنه وأبرم العقد على أساس وهمه وهذا ما لا يتصور أن يعمله كل ذي عقل سليم. والتعريف الصائب للغلط بوجه عام هو اعتقاد الشيء على غير حقيقته.

والغلط في المعاملات هو اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه الى التعاقد. وهو بهذا المعنى يشمل الجهل المركب والتقليد والظن ولا يشمل اليقين لأنه مطابق للواقع دائما ولا الوهم لأن كل وهم يستلزم وجود الظن بخلافه حيث لا يتصور تحقق الوهم بدون الظن لانهما أمران متقابلان[2].

تطور الغلط من حيث أثره في صحة العقد:

الغلط من حيث أثره في صحة العقد مرّ بالتطورات الآتية:

الغلط في القانون الروماني

في العصر العلمي لم يعرف القانون الروماني التقابل بين الارادة والتعبير في التصرف

---

[1] وجه التسمية أن هذا الجاهل يجهل الحقيقة ويجهل أنه يجهلها فإدراكه مكون من جهلين.

[2] لمزيد من الاطلاع على درجات ادراك الانسان يراجع: البرهان في علم المنطق، للعلامة الشيخ اسماعيل مصطفى: ص١٢ وما يليها، وص٢٧٧-٢٧٨.

القانوني وكان الفقهاء الرومان يسترشدون في تفسير التعبير بمعيار موضوعي ويقفون عند المظهر الخارجي للتعبير دون البحث عما تكنه نفسية من عبر عن إرادته. وفي العصر البيزنطي اعترفوا للإرادة بدور رئيس في إنشاء التصرف القانوني وتحديد مضمونه مع الاستعانة بشتى الوسائل بغية الوقوف على الإرادة الحقيقية، وقد تناولت موسوعة جستنيان بعضا من أنواع الغلط، كالغلط في ماهية التصرف القانوني، والغلط في الوقائع، والغلط في ذاتية الشئ أو في جوهره وغيرها. وقد اقتصر القانون الروماني من حيث أثر الغلط على نوعين من الغلط:

النوع الأول: الغلط المانع من انعقاد العقد والمعدم للإرادة.

والنوع الثاني: الغلط غير المؤثر.

ولم يعرف النوع الثالث وهو الغلط المعيب للإرادة والمؤثر في صحة العقد.

ونتيجة لذلك لم يعرف القانون الروماني فكرة قابلية العقد للابطال بسبب الغلط[١].

الغلط في القانون الفرنسي [٢]

حدث تطور ملموس في التقنين المدني الفرنسي بصدد أثر الغلط في العقد حيث أضاف هذا التقنين نوعا ثالثا الى النوعين المذكورين في القانون الروماني فنصّت المادة (١١١٠) منه على أن الغلط يكون معيبا للإرادة وبالتالي مؤثرا في صحة العقد في إحدى الحالتين:

إحداهما: الغلط في جوهر الشئ.

والثانية: الغلط في شخص المتعاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد.

---

[١] موسوعة جستنيان المواد (٢، ٣، ٩، ١٢، ١٤، ١٨، ١٩، ٢٨).
الاستاذ الدكتور صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني: ص٣٢٩-٣٣٠.
الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي: مبادئ القانون الروماني ط/١٩٥٤ ص٨٣ وما يليها.
الدكتور عبد المجيد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني: ص٣٨٠ وما يليها.

[٢] ينظر: الاستاذ السنهوري، الوسيط ٣١١/١ وما يليها.
د.البدراوي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري. مصادر الالتزام ٢٤٦/١ وما يليها.
د.أنور سلطان، المرجع السابق١٦٢/١ وما يليها.
د.حجازي، المرجع السابق ٢٩٦/١ وما يليها.
د.اسماعيل غانم: ص١٧٩ وما يليها.
د.مرقس: ص١٧٥ وما يليها.
د.توفيق حسن فرج ٩٦/١ وما يليها.

غير أنه في الحالة الاولى فسرت عبارة: (الغلط في جوهر الشئ) تفسيرا موضوعيا ضيقا مفاده ان الغلط لا يعيب الارادة الا اذا انصب على المادة التي يتكون منها الشئ (محل العقد) كمن يشتري مشكاة على أنها فضة ثم يتبين أنها نحاس طلي بالفضة.

ويرى أكثر فقهاء القانون: أن القضاء الفرنسي عدل عن هذا التفسير الموضوعي الضيق وأخذ يفسر عبارة: (جوهر الشئ) بصفاته الجوهرية التي دفعت المتعاقد الى التعاقد وبذلك أصبح الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين هو الأخذ بالمعيار الشخصي (الذاتي) فالصفة تكون جوهرية اذا كانت هي الدافع الرئيس الى التعاقد بحيث لولاها لما أقدم عليه.

ولكن بعض فقهاء القانون في مصر أنكر حدوث مثل هذا التطور، وعلى سبيل المثل يقول الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم[1]: ذهب الكثير من رجال الفقه[2] الى أن المعيار المادي في المدني الفرنسي تحول الى الشخصي (الذاتي) حسب تفسير القضاء والفقه في فرنسا، ولكن هذا التطور لم يحدث الا في تحديد المقصود بعبارة جوهر الشئ في المادة (١١١٠) من المدني الفرنسي، فالفقه الفرنسي كان يفسرها تفسيرا ضيقا متأثرا بتقاليد القانون الروماني.

الحالة الثانية: هي الغلط في شخص المتعاقد الآخر أي في ذاتيته أو في صفة من صفاته الجوهرية[1] اذا كان هذا الغلط هو الدافع الى التعاقد كما هو الحال غالبا في عقود التبرعات وفي بعض عقود معاوضات تبرم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد كالعقود مع أصحاب المهن والحرف ورجال الفن.

شروط الغلط في ضوء القانون الفرنسي[2]

من البدهي قيام التضارب بين مصلحتين في العقود القابلة للإبطال لذا من الضروري إقامة نوع من التوازن العادل والمعقول بينهما وهما:

---

[1] النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: ص١٧٩ وما يليها.

[2] منهم الاستاذ الجليل السنهوري.

[1] كما لو اعتقد المؤجر أن المستأجر متزوج ثم تبين أنه غير متزوج وأنه يعاشر سيدة معاشرة غير مشروعة.

[2] الاستاذ أبو ستيت، المرجع السابق: ص١٥٥.
الاستاذ البدراوي، المرجع السابق: ص٢٥٨.

أ- مصلحة المتعاقد الذي وقع في الغلط الجاعل العقد قابلا للابطال ومبررا لطلب إبطاله حيث تم إبرامه تحت تأثير الغلط حين أصبحت إرادته معيبة، فالعدالة تأبى أن تلزم الارادة المعيبة صاحبها.

ب- مصلحة المتعاقد الآخر التى تقضي بإبقاء العقد على حاله وعدم إبطاله إضافة الى ان المصلحة تقتضي وضع حد لنطاق الأخذ بالغلط تحقيقا لاستقرار المعاملات.

وفي ضوء هذه الاعتبارات من الضروري تحديد الحالات التي يجوز فيها إبطال العقد على أساس الغلط عن طريق القيود والشروط، ويرى فقهاء القانون أن أهم تلك الشروط اثنان:

الشرط الأول: أن يكون الغلط مغتفرا، ومقتضى هذا الشرط هو أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بغلط ناشئ عن خطأ منه أي من جهل فاضح أو إهمال أو رعونة كإهمال قراءة نصوص العقد أو عدم معاينة العين المعقود عليها، ومن الواضح ان الإخلال بهذا الشرط خطأ يؤدي الى العمل بمقتضى المسؤولية التقصيرية وبالتالي الى تعويض الضرر الناشئ من البطلان وخير تعويض في هذه الحالة إبقاء العقد قائما.

وبناء على ذلك فان الغلط غير المغتفر لا يجوز التمسك به لإبطال العقد[١].

الشرط الثاني: أن يكون الغلط داخلا في دائرة التعاقد. ونتيجة لاعتبار هذا الشرط ظهر الخلاف بين فقهاء القانون حول اشتراط الغلط المشترك[٢] والتساؤل عن مدى كفاية الغلط الفردي من جانب واحد.

فذهب جانب من الفقه الفرنسي الى أنه لا يشترط لإبطال العقد أن يكون الغلط مشتركا إضافة الى ندرة وقوعه، لذا يكفي لطلب الإبطال أن يكون الطرف الآخر على علم به، أو على الأقل كان في امكانه أن يعلم به في ظروف الحال. ويرى الباحث أن بالامكان اعتبار نقاط أخرى إضافة الى الشرطين المذكورين من باب القيود المحددة لنطاق طلب الإبطال بسبب الغلط، ومنها ما يأتي:

أ- إلقاء عبء إثبات الغلط على عاتق طالب الإبطال فيجب عليه أن يثبت أنه وقع في غلط جوهري بحيث لولاه لما أبرم العقد بأهمية الاعتبار الذي وقع الغلط فيه.

ومن الواضح جواز الإثبات في هذه الحالة بجميع طرق الإثبات بضمنها القرائن[٣].

---

[١] الاستاذ اسماعيل غانم، مصادر الالتزام: ص١٨٨-١٨٩.

[٢] بأن يقع كلاهما في نفس الغلط.

[٣] الاستاذ اسماعيل غانم، المرجع السابق: ص٢٠٤.

ب- التمسك بالغلط في طلب إبطال العقد يجب أن يكون على وجه لا يتعارض مع حسن النية[1] بأن يلتزم من وقع في الغلط بعقده بصرف النظر عن الغلط ما دام العاقد الآخر أظهر استعداده للتنفيذ كما يريده هو، وعلى سبيل المثل من اشترى مزهرية على أساس أنها أثرية ثم تبين خلاف ذلك فقدم الخاطئ طلب الإبطال بحجة الغلط فأبدى البائع استعداده لتقديم المزهرية الأثرية التي يريدها هو فعليه أن لا يرفض هذا العرض عملا بحسن النية في التعامل من جهة ومن جهة أخرى أن الرفض بهذه الحالة يعد من باب التعسف في استعمال الحق وهو مذموم في ميزان القانون والأخلاق.

النظرية التقليدية في الغلط[2]

في ظل القانون الفرنسي ظهرت نظرية في الغلط عرفت بالنظرية التقليدية وتلقاها الفقه الفرنسي التقليدي بالقبول وقد قسمت هذه النظرية الغلط من حيث مدى تأثيره في العقد الى ثلاثة أنواع الغلط المانع، والغلط غير المؤثر، والغلط المؤثر طبقا لما جاء في القانون الفرنسي.

النوع الأول- الغلط المانع:

يكون الغلط مانعا من انعقاد العقد في إحدى الحالات الأربع الآتية:

١- الغلط في ماهية (طبيعة) العقد كأن يسلم (أ) الى (ب) مالا على أن يكون وديعة عنده ويتسلمه الثاني على أنه هبة.

الاستاذ أبو ستيت، المرجع السابق: ص١٥٥.

(1) المدني المصري م١٢٤. الاستاذ السنهوري، الوسيط ٣٤١/١.

(2) الاستاذ السنهوري: الوسيط ٣١١/١ وما يليها.

الاستاذ الصدة، المرجع السابق: ص١٨٢ ومايليها.

الاستاذ البدراوي، المرجع السابق ٢٤٤/١ وما يليها.

الاستاذ مرقس، المرجع السابق: ص١٧٥.

الاستاذ أبو ستيت: ص١٤٤ وما يليها.

الاستاذ أنور سلطان ١٦٤/١ ومايليها.

٢- الغلط في ذاتية محل العقد كأن يؤجر شخص لآخر دارا معينة من دوره ويعتقد المستأجر أنه يستأجر دارا أخرى التي هو يريدها، أو كأن يزوج الولي بنته الكبرى من خطيب يعتقد أنها الصغرى التي خطبها.

٣- الغلط في وجود سبب الالتزام كاتفاق الورثة مع الموصى له على إعطائه مالا من أموال التركة تنفيذا لوصية مورثهم، ثم يتضح ان الوصية كانت باطلة أو ان الموصي قد رجع عنها قبل وفاته.

٤- الغلط في وجود محل العقد (موضوع الالتزام) كمن باع سيارته المعينة لدى المشتري ثم تبين أنها قد احترقت أو سرقت والعقد في جميع هذه الأحوال باطل لعدم تطابق ارادة المتعاقدين.

النوع الثاني – الغلط غير المؤثر:

الغلط غير المؤثر هو الذي لا أثر له على صحة العقد فلا يفسد الرضا وبالتالي لا يمنع العقد من انعقاده وصحته وترتب آثاره ولزومه.

ويكون الغلط غير مؤثر في حالات منها:

أ- الغلط في وصف غير جوهري.

ب- الغلط في شخص عاقد لا تكون شخصيته محل اعتبار في العقد.

ج- الغلط في قيمة الشئ.

د- الغلط في الباعث على التعاقد في غير الحالات المؤدية الى عدم تطابق الارادتين.

هـ - الغلط المادي كالغلط في الحساب[1].

النوع الثالث– الغلط المؤثر في صحة العقد الموجب لجعله قابلا للابطال ومبررا لطلب ابطاله.

ويكون الغلط مؤثرا طبقا للقانون الفرنسي في إحدى الحالتين الواردتين في المادة (١١١٠) منه حسب التفصيل الذي ذكرناه سابقا. وبناء على هذه النظرية يجب استبعاد الغلط المانع من انعقاد العقد (النوع الأول) والغلط غير المؤثر في صحة العقد (النوع

---

[1] الغلط المادي والغلط في الحساب رغم أنه لا يؤثر على الرضا ولا يبرر طلب ابطال العقد الا أنه يجب تصحيحه اعمالا للارادة الحقيقية ومنعا للظلم.

الثاني) من دائرة الغلط الذي يجعل العقد قابلا للإبطال[1].

في القانون المدني المصري القديم الملغى [2]

ذهب الكثير من فقهاء القانون في مصر الى ان التقنين المدني المصري الملغى أخذ في المادتين (١٣٤ أهلي/ ١٩٤ مختلط) بالتطور الذي حصل في الفقه والقضاء الفرنسيين من الاعتماد على المعيار الذاتي في الغلط المؤدي الى جعل العقد قابلا للإبطال وقالوا: لم يتردد الفقه والقضاء في مصر في الأخذ بهذا المعيار في الغلط في الشئ لأن عبارة هاتين المادتين واضحة في هذا المعنى وهي أن: (الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعا في أصل الموضوع المعتبر في القصد وكان واقعا في الناحية الرئيسة التي نظر منها الى الشئ في العقد). والمشرع المصري في القانون القديم أخذ حكم هاتين المادتين من القضاء والفقه في فرنسا الذاهبين الى الأخذ بالمعيار الذاتي.

في المدني المصري الحالي:

عالج هذا القانون الغلط في خمس مواد (١٢٠ – ١٢٤) :

م١٢٠ – اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه[3].

م١٢١ – يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص:

أ- اذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية.

ب- اذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيس في التعاقد[1].

---

[1] د. أنور سلطان ١/١٦١. د. توفيق حسن فرج ١/١٩٥. د. مرقس: ص١٧٥.

[2] الاستاذ السنهوري، نظرية العقد بند ٢٥٧ وما يليه.
د.عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق: ص١٨٧ بند ١٥٥.
د.حشمت أبو ستيت، المرجع السابق بند ١٦٢.
د.أنور سلطان، المرجع السابق ١/١٦٣.

[3] وتطابقها م١٢١ السوري، وم١٢٠ الليبي، وم٢٠٣ اللبناني

م١٢٢- يكون العقد قابلا للابطال لغلط في القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره[٢].

م١٢٣- لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط[٣].

م١٢٤- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد[٤].

من المبادئ التي تستخلص من هذه النصوص:

١- اذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ولم يعلم به ولم يكن من السهل أن يتبينه فان العقد يكون صحيحا لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، لأن هذه الإرادة قد شابها الغلط فجعلها فاسدة ولكن على أساس الإرادة الظاهرة التي أطمأن إليها المتعاقد الآخر.

٢- كل غلط كان هو الدافع الى التعاقد يكفي لإفساد الرضا ولجعل العقد قابلا للإبطال بصرف النظر عن طبيعة ما وقع فيه الغلط فلا داعي لاستعراض الحالات التي يؤثر فيها الغلط والحالات التي لا يؤثر فيها.

٣- ولا مجال في هذا الموضوع لاعمال قاعدة ان الجهل بالقانون لايقبل عذرا لانحصارها في القوانين الجنائية والنصوص المدنية المتعلقة بالنظام العام كالحد الأقصى لسعر الفائدة فلا يبطل عقد القرض على أساس الغلط بل تنقص الفائدة الى الحد القانوني.

٤- لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بني على حصول غلط في القانون الا اذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء.

---

[١] السوري م١٢٢، الليبي م١٢١، اللبناني م٢٠٥.
[٢] السوري م١٢٣، الليبي م١٢٢، اللبناني م٢٠٦.
[٣] السوري م١٢٤، الليبي م١٢٣.
[٤] السوري م١٢٥، الليبي م١٢٤.

٥- لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح ذلك الغلط اعمالا للارادة الحقيقية ومنعا للظلم.

٦- لا يجوز لمن له الحق في طلب ابطال العقد للغلط أن يتمسك به اذا كانت علة تمسكه به قد زالت بحصوله على ما كان يبغي من تعاقده.

٧- حسن النية الوارد في م١٢٤ من النصوص المذكورة ليس هو المقابل لسوء النية وانما ينصرف الى نزاهة التعامل[1].

نتيجة التطور في الغلط والنظرية الحديثة [2]

نتيجة التطورات التي حصلت في الفقه والقضاء المصريين وفي القانونين المصريين القديم والجديد ظهرت نظرية عرفت بالنظرية الحديثة في الغلط مفادها هو أن أساس الغلط الذي يصيب الارادة ويجعل التصرف القانوني المبرم قابلا للابطال هو كونه دافعا رئيسا الى التعاقد ولا يؤثر لا في الارادة ولا في صحة العقد ما لم يكن هو الدافع الى ابرام العقد.

وبناء على هذا الأساس لا فرق في ذلك بين أن يقع الغلط في مادة الشئ أو في شخص المتعاقد أو في صفته أو في القيمة أو في الباعث أو في القانون أو نحو ذلك، فما دام أساس الاعتداد بالصفة الجوهرية في الشئ (محل العقد) أو في شخص المتعاقد هو أن هذه الصفة كانت على اعتبار المتعاقد فدفعته الى التعاقد، فلا وجه للاقتصار على الأخذ بهذا الأساس في حالات وعدم الأخذ به في حالات اخرى بحسب الموضوع الذي يرد عليه الغلط وانما يجب ان يعمم هذا الأساس بحيث ينظر في جميع الحالات الى ما هو جوهري في نظر المتعاقد وتقديره بصرف النظر عن موضوع الغلط.

وعلى هذا النمط يصبح (الجوهري) صفة الغلط ذاته دون الموضوع الذي ينصب عليه ذلك بأن يكون الغلط هو الدافع الرئيس الى التعاقد أيا كان الأمر الذي يهتم به المتعاقد ويتعاقد من اجله بحيث يبلغ في تقدير المتعاقد حدا من الجسامة لو تكشف له لامتنع من

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية ٢/١٤٠-١٧٠.
الاستاذ السنهوري، الوسيط ٣١٥/١ وما يليها.
الاستاذ أنور طلبة، التعليق على نصوص القانون المدني ١٠٤/١ وما يليها.
الاستاذ مرقس: ص٢٤٨ وما يليها.
الاستاذ أبو ستيت ١٥٥/١ وما يليها.

[2] الاستاذ مرقس: ص١٩٧.

ابرام العقد وعندئذ يكون غلطاً جوهريا يصيب الارادة وبناء على ذلك يكون المعيار ذاتيا (شخصيا) ينطبق على جميع الحالات.

غير أنه يلاحظ على الأخذ بهذا المعيار الذاتي أنه يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة مدى الأهمية التي يعلقها المتعاقد على الأمر الذي أنصب عليه العقد وقد يصعب الوصول الى هذه النية في بعض الصور، لذا من الضروري ربط هذا المعيار بضوابط موضوعية تساعد على معرفة نية المتعاقدين.

موقف القانون المدني العراقي من الغلط :

عالج المشرع العراقي المتأثر بالفقه الإسلامي الغلط في أربع مواد (١١٧-١٢٠) معالجة تتفق مع القوانين العربية المتأثرة بالفقه الغربي من أوجه وتختلف معها من أوجه أخرى.

أ- من أوجه الشبه:

١- تقسيم الغلط من حيث التأثير الى مانع[١]، ومؤثر[٢]، وغيرمؤثر[٣].

٢- الأخذ بالمعيار الشخصي في الغلط المؤثر[٤].

٣- عدم الاعتداد بالغلط المؤثر الا اذا وقع فيه الطرف الآخر أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده[٥].

٤- عدم الاعتداد بالغلط المادي (أو الغلط في الحساب ولكن يجب تصحيحه)[٦].

ب- من أوجه الاختلاف:

١- العقد في المدني العراقي موقوف في حالة الغلط المؤثر لا ينتج آثاره الا بعد الاجازة وليس قابلا للابطال منتجا للآثار وقابلا للزوال بالإبطال.

٢- المشرع العراقي سكت عن ان يلزم الطرف الواقع في الغلط بالمضي في عقده اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتقديم ما يبغيه من ابرام العقد بل له حق رفض هذا العرض

---

(١) كالغلط في الماهية مع اختلاف الجنس (م١١٧).

(٢) كالغلط في وصف مرغوب فيه (م١١٧).

(٣) كالغلط في الحساب (أو الغلط المادي) (م١٢٠).

(٤) م١١٨/١.

(٥) م١١٩.

(٦) م١٢٠.

وعدم اجازة العقد الموقوف وحسناً فعل لأن الطرف الآخر في غير حالة الغلط المشترك يعد متلبسا بالغش والقرآن يقول ﴿جزاء سيئة سيئة مثلها﴾[٧].

٣- الاختلاف في تسمية الغلط الجوهري غلطا في وصف مرغوب فيه رغم أنه استعمل الغلط الجوهري أيضا[٨].

موقف الفقه الإسلامي من الغلط :

ما جاء في المدني العراقي يعد أنموذجا لاتجاه الفقه الإسلامي من حيث الاتفاق والاختلاف مع الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به باستثناء اعتبار العقد موقوفا في المدني العراقي ونافذا غير لازم في الراجح في الفقه الإسلامي.

ويتميز الفقه الإسلامي من القانون بأنه أخذ منذ البداية بالمعيار الشخصي (الذاتي) في التمييز بين الغلط المؤثر وغير المؤثر دون المرور بالتطورات التي مر بها القانون والفقه الغربي عملا بقول الرسول ﷺ ((إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى))[١]، وقوله: ((لا ضرر ولا ضرار))[٢]، وأخذا بقاعدة فقهية عامة: (لا عبرة بالظن البين خطؤه)[٣].

الفرع الثاني : التدليس

التدليس في اللغة مصدر دلّس (بتشديد اللام) ومجرده دلس. والدلس الظُلمة وقيل: فلان لا يُدالس ولا يُوالس، أي لا يخادع ولا يغدر، والمدالسة المخادعة ويقال فلان لا يدالسك ولا يخادعك ولا يخفي عليك الشئ[٤].

---

(١) سورة الشورى/ ٤٠.

(٢) م١١٨/١.

(٣) صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري: ٣/١ (برقم ١).

(٤) أخرجه الإمام أحمد في مسند ٣١٣/١ (برقم ٢٨٦٧)، ٣٢٦/٥ (برقم ٢٢٨٣٠)، والحاكم في مستدركه ٦٦/٢ (برقم ٢٣٤٥)، وقال عنه: "هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه"، وقد أخرجه غيرهما أيضا.

(٥) القاعدة (٧١) المادة (٧٢) من مجلة الأحكام العدلية.

(٦) لسان العرب فصل الدال حرف السين ٣٨٩/٧.

وفي الاصطلاح القانوني الفقهي: هو تضليل العاقد بوسائل احتيالية لإيقاعه في غلط أو لاستمراره في غلط واقع فيه يدفعه الى التعاقد[١].

وهذا التعريف يشمل تدليسا صادرا من غير العاقد أيضا وله تأثير الصادر منه اذا أثبت المتعاقد المدلس عليه أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.

بينما هذا التعميم غير موجود في المادة (١١١٦)[٢] من المدني الفرنسي التي تنص على أن التدليس يكون سببا في ابطال العقد اذا كانت الحيل المستعملة من أحد العاقدين جسيمة بحيث يكون واضحا أنه لولاها لما رضي العاقد الآخر.

ويؤخذ من هذا التعريف وغيره من تعريفات التدليس أنه لا يعتبر عيبا مستقلا من عيوب الارادة فالعيب في الحقيقة هو الغلط الناشئ عن التدليس، فنسبة العيب الى التدليس مجاز عقلي أي نسبة الشئ الى غير ما حقه أن ينسب اليه، فالعيب صفة الغلط القائم بالمدلس عليه بينما التدليس فعل المدلس، فالفعل القائم بشخص لا يكون صفة لشخص آخر ومن هذا المنطلق نشأ التساؤل حول الاكتفاء بالغلط والاستغناء عن التدليس وتقسيم الغلط الى نوعين: الغلط التلقائي وهو أن ينزلق اليه الشخص من تلقاء نفسه كما سبق بيانه، والغلط المستثار الذي تثيره في الذهن الحيل التي تستعمل مع التعاقد.

ويبدو أن وجود بعض الفروق الجوهرية بين الغلط التلقائي والغلط الناشئ عن التدليس هو الدافع الى جعل الثاني قسيما للأول دون اعتباره قسما منه، ومن تلك الفروق[٣]:

١- إثبات الغلط الناتج عن التدليس أيسر من إثبات الغلط التلقائي لأن الأول ناتج من عمل مادي والثاني نفسي من الصعب إثباته. ومن الواضح ان عبء الإثبات يقع

---

[١] الاستاذ مرقس، أصول الالتزامات: ص١٨٦.

[٢] ترجمة المادة (١١١٦): يكون التغرير سببا موجبا لفساد العقد اذا تحقق جليا أن الحيل التي عملها أحد المتعاقدين لولاها لما رضي الجانب الأخر بالعقد.

ولا يحكم بمجرد الظن بتغرير إذ الأصل عدمه بل لابد من الاثبات واليقين فيه يعني لا يكفي في التغرير المظنة بل لابد فيه من المئنة.

[٣] الاستاذ السنهوري ٣٥٧/١. الاستاذ أبو ستيت ١٦٥/١. الاستاذ البدراوي ٢٨٦/١. مجموعة الأعمال التحضيرية للمدني المصري ١٧٢/٢ وما يليها.

على من يدعي الغلط أو التدليس[١].

٢- أن التدليس باعتباره عملا غير مشروع يترتب عليه اذا نشأ عنه ضرر إلزام المدلس بالتعويض إضافة الى إبطال العقد.

ومن القوانين المتأثرة بالفقه الغربي في جعل التدليس سببا لإبطال العقد المدني المصري الحالي الذي تضمن المادتين (١٢٥ و١٢٦) لمعالجة هذا العيب:

م١٢٥ – يجوز إبطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، ويطابقه السوري م١٢٦ والليبي م١٢٥.

م١٢٦ – اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، ويطابقه السوري م١٢٧ والليبي م١٢٦.

عناصر التدليس :

عناصر كل مصطلح قانوني وغير قانوني هي المأخوذة من ماهيته أي مكوناته ومقوماته الذاتية في تعريفه فهي اذا كانت جزءا منه تسمى الأركان والا فتسمى الشروط فالعناصر أعم فتشمل الأركان والشروط.

وقد اختلف علماء القانون في العالم العربي في عناصر التدليس كما وكيفا. فمن حيث الكم ذهب بعضهم[٢] الى إنها اثنان، ومنهم[٣] من قال إنها ثلاثة ومنهم من

---

[١] لأن التدليس من الصفات العارضة للعقد والأصل عدمها وتنصّ المادة (٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن: (الأصل في الصفات العارضة العدم).
وتنصّ المادة (٢٢٦٨) من المدني الفرنسي على أن: (الأصل في التملك أن يكون بدون غرر ولا تدليس فمن ادعى الغرر او التدليس في شئ فعليه أن يثبته).

[٢] كالاستاذ السنهوري قال في الوسيط (٣٤٤/١) ويستخلص من نصوص (م١٢٥ و م١٢٦) من المدني المصري ان للتدليس عنصرين استعمال طرق احتيالية وهذا هو العنصر الموضوعي وتحمل على التعاقد وهذا العنصر النفسي وهذان العنصران كافيان.

[٣] كالاستاذ أنور سلطان ذهب في كتابه مصادر الالتزام ١٧٥/١ الى ان عناصر التدليس لاعتباره عيبا من عيوب الارادة ثلاثة:١–استعمال الحيلة. ٢–نية التضليل. ٣–أن تكون الحيلة مؤثرة.

أوصلها الى سبعة[1].

ومن حيث الكيف منهم من يستعمل تعبير العناصر[2]، ومنهم من بدل العناصر بالشروط ثم قسم بعض الشروط الى العناصر[3]، ومنشأ هذه الخلافات عدة أمور منها:

١- استخلاص عناصر التدليس من النصوص القانونية بينما المفروض أن تؤخذ من ماهية المصطلح (التدليس).

٢- الخلط بين العناصر والشروط في حين ان العناصر أعم من الشروط فهي تشمل الأركان أيضا.

---

(1) كالأستاذ صلاح الدين الناهي (مبادئ الالتزامات: ص٧١) فقال:
يشترط الفقه الفرنسي في التدليس الشروط الآتية:
١- أن تستعمل الطرق الاحتيالية المؤثرة على ارادة المتعاقد.
٢- أن تكون وسائل التغرير لم يجر بها العرف ولا يتسامح في الالتجاء اليها عادة لخروجها عن المألوف.
٣- أن يكون التغرير هو الدافع الى التعاقد.
٤- أن يرتكبه احد الطرفين ضد الأخر فان كان من ثالث يجب علم المستفيد به او كان من السهل علمه به.
٥- إثبات التغرير لأن الأصل عدمه.
٦- أن يكون منافيا لمكارم الأخلاق من الناحية القانونية.
٧- أن يكون التغرير في ضوء المدني العراقي مقترنا بالغبن الفاحش.

(2) كالاستاذ حجازي، النظرية العامة للالتزام ٣٠٥/١ وهو يقول: العنصر الموضوعي يتكون من طرق احتيالية، والعنصر الشخصي هو وقوع المتعاقد في الغلط بسبب هذه الحيل ولم يكن موفقا في تفسير العنصر الشخصي لأن الوقوع في الغلط صفة المدلس عليه فكيف يكون عنصرا للتدليس وهو فعل المدلس أو شخص ثالث ؟.

(3) كالأستاذ مرقس، أصول الالتزامات ص١٨٧ فقال:
التدليس يعيب الرضا اذا توافرت فيه ثلاثة شروط:
١- استعمال طرق احتيالية بقصد التضليل.
٢- أن يكون استعمال تلك الطرق حاصلا من العاقد الأخر (حسب القانون الفرنسي) أو على الأقل أن يكون ذلك العاقد الأخر عالما به أو من المفروض حتما أن يعلم به (حسب القانون المصري).
٣- أن يكون التضليل الناشئ عن استعمال هذه الطرق هو الدافع الى التعاقد. ثم يقول: الشرط الأول يتكون من عنصرين المادي (أعمال مادية) والمعنوي (نية التضليل).

٣- التأثر بأكثر من قانون واحد[1].

٤- تقليد بعضهم لبعض مع إجراء تغيير في التعبير والتعبير اللاحق قد يكون أدق من السابق وقد يكون الأمر بالعكس.

ويرى الباحث ان الاسلوب الأوضح والأقرب الى الواقع لبيان عناصر التدليس هو الآتي: عناصر التدليس ثلاثة: الوسيلة، والغاية غير المشروعة، وعلاقة السببية.

العنصر الأول- الوسيلة :

وهي طرق احتيالية مضللة غالبا ولكن لا يشترط أن تكون احتيالية مضللة دائما وانما المهم أن تكون هي الدافعة الى الغلط وبالتالي الى التعاقد سواء كانت ايجابية كالكذب والتزوير واتخاذ صفة منتحلة وكل مظهر من المظاهر الكاذبة التي لا تطابق الواقع كالتظاهر بالوجاهة واليسار.

والكذب في حد ذاته لا يعتبر من الطرق الاحتيالية كما اذا بالغ التاجر في وصف مزايا بضاعته أو تظاهر البائع للمشتري بأنه كامل الأهلية خلافا للحقيقة، غير أنه يعتبر من الطرق الاحتيالية اذا قدم الكاذب بيانات خاصة بأمور معينة يعلم أن الطرف الآخر يعلق عليها أهمية خاصة في التعاقد[2].

أو كانت سلبية والأعمال الاحتيالية كما تتكون من وقائع ايجابية يمكن أن تتكون من وقائع سلبية وهو ما يسمى السكوت التدليسي أو التدليس السلبي، والأصل أن السكوت لا يعتبر تدليسا لكن يعد تدليسا اذا كان هناك واجب يقضي به القانون أو العرف أو طبيعة العقد يحتم على المتعاقد أن يخبر المتعاقد معه بالواقعة أو المناسبة التي يهمه العلم بها[3]، ومن التدليس السلبي الامتناع عن الادلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد ويعتبر تدليسا عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان كالخيانة في

---

[1] كالأستاذ صلاح الدين الناهي أخذ شرط الغبن مع التغرير من المدني العراقي (م١٢١) المتأثر بالفقه الاسلامي وأخذ شرط صدور الطرق الاحتيالية من أحد العاقدين من المدني الفرنسي (م١١١٦).

[2] الاستاذ مرقس، المرجع السابق: ص١٨٨.

[3] (م١٢٥) المدني المصري. د.حجازي، النظرية العامة للالتزام ٣٠٦/١.

المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة[١]، وعدم الإجابة الصحيحة في عقد التأمين.

العنصر الثاني– الغاية غير مشروعة وهي تتمثل في ثلاث مراحل متتالية:

الاولى: إيقاع المتعاقد الآخر في الغلط أو استمراره في الغلط الذي وقع فيه تلقائيا لحسن نيته أو لعدم خبرته أو لغيرهما.

والمرحلة الثانية: هي دفع المتعاقد الآخر عن طريق غلطه الى إبرام العقد.

والثالثة: هي حصول المدلس على مكسب غير مشروع على حساب المدلس عليه.

العنصر الثالث – علاقة السببية بين الوسيلة والغاية:

بأن تكون الوسيلة هي الدافعة الى التعاقد سواء كانت صادرة من العاقد أو من غيره خلافا للمادة (١١١٦) من المدني الفرنسي والمادتين ١٣٦/١٩٦ من المدني المصري الملغى في اشتراط صدور الوسيلة من أحد العاقدين بحجة أنه لا يجزى المتعاقد بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير وانما للمخدوع حق الرجوع على هذا الغير بالتعويض عما أصابه من الضرر، ويعارض هذا التعليل بأن الوسيلة الصادرة من الغير بمثابة الصادرة من العاقد اذا علم بها أو كان من المفروض حتما أن يعلم بها من الظروف المحيطة بالعقد، لأن سكوته في هذه الحالة يُعد تدليسا[٢]، ويعتبر التدليس الصادر من النائب صادرا من الأصل.

---

[١] (م١٢١/٢) م.ع.
المرابحة: بيع بثمن سابق مع زيادة ربح مسمى.
والتولية: التمليك بمثل الثمن السابق.
والاشراك: تمليك جزء من المشترى للغير بما يقابله من الثمن.
والوضيعة: بيع بثمن سابق مع نقص بنسبة معينة.
ومن التزامات البائع في هذه العقود بيان الأجل لن وجد وبيان ان الثمن السابق كان دينا بذمة البائع الأول أو أخذه بناء على الصلح أو نحو ذلك.
تبيين الحقائق ٧٨/٤ المدونة الكبرى ٢٣٩/٤.

[٢] م١٣٦ المدني المصري، ويطابقه المدني العراقي م١٢٢، والسوري م١٢٧، والليبي م١٢٦.

موقف المشرع العراقي من التدليس :

عالج المشرع العراقي تأثير التدليس في التصرف القانوني في المواد (١٢١-١٢٤) تحت عنوان التغرير مع الغبن وقد تأثر بالفقه الاسلامي في هذا الموضوع باستثناء اعتباره العقد موقوفا[١]، في حين أنه في الفقه الاسلامي نافذ غير لازم، وهو يتفق مع القوانين المتأثرة بالفقه الغربي بهذا الموضوع من أوجه، ويختلف معها من أوجه اخرى:

أ- من أوجه الاتفاق:

١. الاتفاق في العناصر الرئيسة للتدليس.
٢. الاعتداد بالتدليس الصادر من الغير اذا كان المتعاقد المستفيد علم به أو كان من المفروض حتما ان يعلم به[٢].
٣. اعتبار التدليس من عيوب الارادة المؤثرة في العقد اذا توافرت عناصره.
٤. القاء عبء اثبات التدليس المؤثر على عاتق المدلس عليه.
٥. الاعتداد بوسيلة مؤدية الى غاية غير مشروعة بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت ايجابية أو سلبية.
٦. للمدلس عليه التنازل عن حقه عن طريق اجازة العقد.
٧. للمخدوع الرجوع على الغير الذي صدر منه التدليس عما أصابه من ضرر اذا لم يعلم العاقد الآخر بالتغرير ولم يكن من السهل عليه أن يعلم به.

ب- من أوجه الاختلاف:

١- اشتراط كون التغرير مقترنا بالغبن الفاحش. بينما يعتبر كل من التدليس (التغرير) والغبن في الشرائع الغربية عيبا مستقلا من عيوب الارادة فلا يشترط في التدليس أن يقترن به الغبن ولا في الغبن أن يقترن به التدليس[٣]. هذا الشرط مطلوب في القوانين المتأثرة بالفقه الاسلامي[٤].

---

[١] (م١٢١/١) م.ع.
[٢] (م١٢٢) م.ع.
[٣] (م١٢٥) المدني المصري.
[٤] منها المدني العراقي م١٢١ والمدني الاردني م١٤٥.

٢- إنفراده مع المدني الاردني باعتبار التغرير مع الغبن الفاحش من أسباب توقف العقد وهو اتجاه مخالف للفقهين الاسلامي والغربي، ففي الفقه الاسلامي العقد نافذ غير لازم وفي الفقه الغربي قابل للابطال[1].

والغبن: هو أن يكون أحد البدلين في عقد المعاوضة غير مكافئ للآخر في القيمة.

موقف التشريعات الجزائية من جرائم التدليس الجنائي وخداع المتعاقد:

عرّف علماء التشريعات الجزائية التدليس بتعريفات مختلفة في التعابير ومتفقة ومتقاربة في المضامين، ومن هذه التعريفات:

تعريفه بأنه تشويه الحقيقة في شأن واقعة يترتب عليه الوقوع في الغلط[2]. ومفاد هذا التعريف أن جوهر التدليس أنه كذب وموضوع هذا الكذب واقعة ويترتب عليه خلق الاضطراب في تفكير شخص يجعله يعتقد غير الحقيقة.

ومنهم من عرف جريمة الخداع بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشئ على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع.

وبتعبير آخر تصرف من شأنه إيقاع أحد المتعاقدين (البائع أو المشتري مثلا) في الغلط حول البضاعة التي استلمها أو وصلت اليه.

وقالوا: الخداع نوع من أنواع التدليس ولكنه تدليس جنائي يختلف عن التدليس المدني[3].

ومن الواضح أن التدليس والغش من الأمور المنافية للأخلاق الحميدة المهدرة للثقة الواجبة في مجال شرف التعامل وهما يتطوران يوما بعد يوم مع تطور وسائل الاحتيال مما ساعد على زيادة حجم التدليس والغش، لذا منذ أكثر من قرن اهتمت التشريعات الجزائية بمكافحة التدليس والغش.

---

[1] على أنه اذا كان الغبن فاحشا وكان المغبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف فأن العقد يكون باطلا (م١٢٤/٢ م.ع).

[2] الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة ١٩٨٧: ص٩٩٣.

[3] الدكتور حسني الجندي، شرح قانون قمع التدليس والغش، الطبعة الثانية ١٩٩٦: ص٢٦.

وأول قانون عالج هذا الموضوع في البلاد العربية حسب ما أعتقد هو قانون العقوبات المصري الأهلي الصادر عام ١٨٨٣م الذي نصت المادة (٢٤٥) منه على أنه: (كل من غش أشربة أو جواهر أو غلالا أو غيرها من أصناف المأكولات أو أدوية معدة للبيع بواسطة خلطها بشئ مضرّ بالصحة أو باع أو عرض للبيع أشربة أو جواهر أو أضاف مأكولات أو أدوية مع علمه أنها مغشوشة بواسطة خلطها بشئ مضرّ بالصحة ولو كان المشتري عالما بذلك أو باع جواهر ثمينة بدون أخذ الكفالة من المشتري على حسب ما هو مقرر باللوائح يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى سنتين وبدفع غرامة من مائتي قرش ديواني الى ألفي قرش ويجوز ابلاغ الغرامة الى ربع قيمة التضمينات التي يحكم بها وربع قيمة ما يحكم برده على من أرتكب أمرا مما ذكر)[1].

ثم تلاه قانون العقوبات الأهلي الصادر سنة ١٩٠٤ ثم قانون العقوبات المصري ١٩٣٧ ثم قانون رقم (٤٨) ١٩٤١ وقانون رقم (١٠٦) ١٩٨٠ وقانون رقم (٢٨١) ١٩٩٤، وقد نصّت المادة الاولى من هذا القانون الأخير على الآتي:

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة الاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو باحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق في أحد الأمور الآتية:

١- ذاتية البضاعة اذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه.
٢- حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة وبوجه عام العناصر الداخلة في تركيبها.
٣- نوع البضاعة أو منشؤها أو أصلها أو مصدرها في الأموال التي يعتبر فيها بموجب الاتفاق أو العرف النوع او المنشأ أو الأصل أو المصدر المسند غشاً الى البضاعة سببا أساسيا في التعاقد.
٤- عدد البضاعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو عيارها، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة الاف جنيه ولا تجاوز ثلاثين ألف جنيه أو ما يعادل قيمة السلعة موضوع الجريمة أيهما أكبر أو باحدى هاتين العقوبتين اذا ارتكب الجريمة المشار اليها في الفقرة

---

[1] الاستاذ ابراهيم المنجي، جرائم التدليس والغش، الطبعة الاولى ١٩٩٧: ص٣٢.

السابقة أو شرع في ارتكابها باستعمال موازين أو مقاييس أو مكاييل أو دفعات أو آلات فحص اخرى مزيفة أو مختلفة أو باستعمال طرق أو وسائل أو مستندات من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة[١].

الموازنة بين القانون الأول عام ١٨٨٣ والقانون الحالي لعام ١٩٩٤ :

يجد الباحث في هذه الموازنة أن هناك فروقا جوهرية بين القانونين في معالجة جرائم التدليس والخداع من الأوجه الآتية:

١- المادة (٢٤٥) كانت جزء من القانون العام بينما القانون رقم (٢٨١) لسنة ١٩٩٤ قانون خاص بجرائم التدليس والخداع.

٢- موضوع جرائم التدليس والغش والخداع في الأول عبارة عن المأكولات والمشروبات والأدوية، في حين ان الموضوع في القانون الحالي البضاعة وطبيعتها وصناعتها وصفاتها ومصدرها والدولة المصدرة والمستوردة وغير ذلك مما يدل على التطور الصناعي والانتاجي وبوجه خاص في العالم التكنولوجي.

٣- تفاوت العقوبات: فالعقوبات السالبة للحرية والغرامات المالية التي أقرها القانون الحالي أشد بكثير من التي أقرها القانون الأول لسببين:
أحدهما: أهمية موضوع الجريمة بعد الثورة الصناعية.
والثاني: خطورة الجريمة بعد تطور الوسائل الاحتيالية.

٤- لم يعد أثر التدليس حصرا في المعاملات الداخلية وانما هو عام يشمل التعامل الداخلي والدولي بعد أن أصبحت المعمورة من الكرة الأرضية بمثابة مدينة واحدة بفضل زيادة العلاقات بين الشعوب والأمم وتطور وسائل المواصلات البرية والبحرية والجوية والاتصالات اللاسلكية والأجهزة المرئية والسمعية.

موقف الشريعة الاسلامية من التدليس :

أقرت الشريعة الاسلامية منذ صدر الاسلام أن التدليس جريمة توجب عقوبة تعزيرية[٢]، اضافة الى كونه عيبا من عيوب الارادة يبرر ابطال أو فسخ كل عقد كانت ارادة أحد عاقديه

---

[١] الجريدة الرسمية العدد ٥٢ (تابع) في ٢٩/ديسمبر/١٩٩٤، نقلا عن المرجع السابق: ص٣٧-٣٨.
[٢] هي كل عقوبة تتولى السلطة التشريعية الزمنية استحداثها وتحديدها بالقانون.

معيبة بسببه كما قد يؤدي الى استحقاق المدلس عليه للتعويض عما أصابه من ضرر لسببه.

وفاقت الشريعة الإسلامية كل التشريعات الوضعية في إقرار مبدأ الالتزام بالإدلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد، ومصدر هذا الالتزام القرآن الكريم والسنة النبوية.

أ- **القرآن الكريم**: وردت في القرآن عدة آيات تعد مصدرا للالتزام بالإدلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾[١]، والأمانة أينما وردت في القرآن يراد بها ما يجب على كل انسان تجاه الغير ومن الأمانات التي يلتزم بأدائها المتعاقدان الإدلاء بالبيانات اللازمة قبل التعاقد.

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٢]، والتراضي الذي هو عنصر أساس في المعاوضات لا يتحقق ما دام العقد مقترنا بالتدليس لعدم توفر رضاء المدلس عليه لو أطلع على الحقيقة منذ البداية.

والصدق في كل شئ وبوجه خاص في المعاملات اهتم به الاسلام بحيث قدمه في الأهمية على وصفي الرسالة والنبوة كما قال سبحانه: ﴿وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولاً نَّبِيّاً﴾[٣].

ب - **السنة النبوية**: وردت أحاديث صحيحة كثيرة بشأن التدليس والخداع وبوجه خاص في البيع ومنها قول الرسول ﷺ: ((من اشترى مصراة[٤] فلينقلب بها فليحلبها فان رضي حلابها أمسكها والا ردها ومعها صاع من تمر))[٥].

وقوله ﷺ: ((من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام[٦] إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر))[١].

---

[١] سورة النساء / ٥٨.

[٢] سورة النساء / ٢٩.

[٣] سورة مريم / ٥٤.

[٤] التصرية لغة الجمع يقال: صريت الماء أي جمعته والمراد بها في هذا الحديث جمع اللبن في الضرع بالشدّ وترك الحلب مدة ليتخيل المشتري أنها غزيرة اللبن فيزيد من ثمنها لما يرى من كثرة لبنها.

[٥] صحيح مسلم ٣/١١٦٥.

[٦] فإذا مضت منذ العلم بالواقع وسكت سقط حقه في الإبطال أو الفسخ.

ذكر رجل للرسول ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله ﷺ: ((ان بايعت فقل لا خلابة))[٢]، وفي رواية: فكان اذا بايع يقول لا خيانة))[٣].
وقول رسول الله ﷺ: ((من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر لا سمراء))[٤].
وقوله ﷺ: ((لا تصرّوا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين[٥] بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعا من تمر))[٦].
فهذه الأحاديث وغيرها تحرّم التدليس وتعطي الخيار للمدلس عليه بين القبول بالاجازة وبين الرفض بالإبطال أو الفسخ.
وجدير بالذكر أن الصاع من التمر الذي يدفع للبائع مع رد المبيع لمجرد المجاملة وترضية القلوب التي قد تكدرت بالإبطال أو الفسخ وليس تعويضا عن اللبن الذي استهلكه المشتري فلا مبرر لاعتذار الحنفية عن العمل بهذا الحديث على أساس مخالفته للقواعد الأصولية في القرآن والسنة، لأن التعويض في هذين المصدرين يكون أما بالمثل أو بالقيمة والصاع من التمر ليس مثل اللبن وهو واضح ولا قيمته لأن القيمة تزيد وتنقص بحسب كمية المتلف.

جزاء التدليس:

اذا توافرت عناصره وانتفت موانعه يكون الجزاء عقوبة في التدليس الجنائي حسب حجم جريمة الخدعة اضافة الى حق الإبطال وما يترتب عليه من الآثار.
ويكون الجزاء حق المدلس عليه في طلب الإبطال أو الفسخ في التدليس المدني وبالتالي رد ما تم تسليمه من أحد العاقدين الى الآخر واسترداده على أساس زوال السبب، لأن ما تم تنفيذه كان على أساس قيام العقد فيجب رده على أساس زوال هذا العقد لبداهة زوال

---

(١) صحيح مسلم ٣/١١٥٨.
(٢) أي لا خدعة، صحيح مسلم ٣/١١٦٥.
(٣) صحيح مسلم ٣/١١٦٥.
(٤) صحيح مسلم ٣/١١٦٥.
(٥) الرأيين.
(٦) متفق عليه، سبل السلام ٣/٣٣.

المسبب بزوال سببه فالأساس متوفر بالعقد وجودا وعدما وقد تنضم المسؤولية التقصيرية الى المسؤولية العقدية كما في الحالات التي يجب فيها التعويض.

الفرع الثالث : الإكراه [١]

الإكراه في اللغة مأخوذ من كره يكره كرها و كراهة الشيء ضد حبه أو مأخوذ من أكره فلانا على الأمر حمله عليه[٢].

وفي الاصطلاح له ثلاثة معان الأعم والعام والخاص:

الإكراه بمعناه الأعم: ضغط على شخص يحمله على القيام بما لا يرضاه[٣]، وهو بهذا المعنى يشمل ضغطا صادرا من انسان أو ناتجا من ظروف طارئة أو من حيوان وهو ما يسمى حالة الضرورة أيضا ويشمل الضغط المشروع[٤] وغير المشروع[٥]. كما يشمل الضغط المادي والمعنوي والأدبي، وكذا يشمل الإكراه في المسائل المدنية والجنائية.

الإكراه بمعناه العام: ضغط غير مشروع على شخص يولد في ذهنه رهبة تدفعه الى القيام بما لا يرضاه. وهو بهذا المعنى لا يشمل الإكراه المشروع ولكن يعم القضايا المدنية والجنائية.

الإكراه بمعناه الخاص: عرّفه علماء القانون بتعريفات[٦]، تدور حول معنى واحد وهو ضغط

---

[١] المدني الفرنسي (م١١١١–١١١٥) المدني المصري الملغى م١٣٥/١٩٥، المصري الحالي/١٢٧–١٢٨، السوري/١٢٨–١٢٩، الليبي/١٢٧–١٢٨، العراقي م١١٢–١١٦، الاردني/١٣٥–١٤٢، اليمني/١٧٧–١٨٠، الجزائري/٨٨–٩١، القطري/٢٧، اللبناني م٢١٠–٢١٢، الكويتي/١٥٦–١٥٨، الموريتاني/٦٦–٧١، مرشد الحيران م٢٨٦–٢٩٩، التونسي الفصل ٥٠–٥٣، المغربي الفصل ٤٦–٥١.

[٢] لسان العرب فصل الكاف حرف الهاء ٤٣٠/١٧ الصحاح في اللغة والعلوم مادة كره ٣٨٨/٢.

[٣] من قول أو فعل أو امتناع.

[٤] كإجبار المدين على الوفاء بالتزامه اذا لم يف به باختياره.

[٥] كمن يهدد شخصا بالقتل اذا لم يسلم له سيارته.

[٦] عرّفه العلامة المرحوم السنهوري (الوسيط ٣٦٠/١) بأنه ضغط تتأثر به ارادة الشخص فيندفع الى التعاقد.

وعرّفه الاستاذ مرقس (أصول الالتزامات: ص١٩١) بأنه ضغط مادي أو أدبي يقع على شخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.

وعرّفه الاستاذ اسماعيل غانم (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: ص٢١٨) بأنه

غير مشروع على شخص يولد في نفسه رهبة تدفعه الى التعاقد وهذا الأخير هو المعنيّ بالبحث.

عناصر الإكراه :

اختلف علماء القانون في هذه العناصر كماً وكيفاً كما اختلفوا في عناصر الغلط والتدليس. فمنهم من قال[1] للإكراه عنصران:

أ- العنصر المادي (الموضوعي) وهو الوسائل المستعملة في الاكراه التي تهدد بخطر جسيم.

ب- العنصر النفسي (المعنوي) وهو الرهبة التي يبعثها الاكراه في نفس المكره وتدفعه الى التعاقد.

ومنهم[2] من ذهب الى ان الاكراه يتكون من عنصرين: الأول بعث الرهبة والثاني عدم مشروعية الرهبة. وهذا الكلام غير دقيق لأن الرهبة خوف لا ارادي لا يوصف لا بالمشروعية ولا بعدم المشروعية لانهما من صفات الأعمال الإرادية.

ومنهم[3] من استعمل الشروط بدل العناصر وجعلها ثلاثة بدلا من الاثنين وهي:

١- قوة ضغط على التعاقد.

٢- صدور هذا الضغط من العاقد الآخر أو على الأقل أن يكون العاقد الآخر عالما بوقوع هذا الضغط أو في استطاعته العلم به إذا صدر من غيره.

٣- أن تكون الرهبة هي التي دفعت الأخير الى ابرام العقد.

ضغط يقع على الشخص فيبعث في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد.

وعرّفه الاستاذ أبو ستيت (نظرية الالتزام في المدني الجديد الكتاب الأول/١٦٨) بأنه ضغط يقع على شخص فيحدث في نفسه رهبة لحمله على التعاقد.

وعرّفته المادة (١١٢) من المدني العراقي القائم بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه. ورجح الاستاذ الدكتور حسن الذنون (النظرية العامة للالتزامات: ص٨٤) هذا التعريف. وحسنا فعل.

[1] كالاستاذ السنهوري المرجع السابق ٣٦٣/١، والاستاذ حسن الذنون المرجع السابق: ص٨٤، والاستاذ حجازي النظرية العامة للالتزام ٣١٠/١.

[2] كالاستاذ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ١٨٩/١.

[3] كالاستاذ مرقس، أصول الالتزامات: ص١٩٢.

ومنشأ هذا الاختلاف كما ذكرنا سابقا هو أخذ العناصر للمصطلحات القانونية من نصوص القانون دون ماهياتها، فالمفروض أن تؤخذ عناصر الاكراه من ماهيته ومقوماته الذاتية، فماهيته مكونة من خمسة عناصر وهي: المكرِه والمكرَه والمكره عليه والمكره به والرهبة، والعنصر الأخير معنوي والبقية مادية وموضوعية، ولكل عنصر من هذه العناصر شروط متممة له كالآتي:

شروط المكرِه :

ومن أهم شروطه:

١- أن يكون قادرا على تنفيذ ما يهدد به المكرَه أو من هو عزيز عليه[١].

٢- أن يكون جديا في تهديده فالإكراه الهزلي لا يعتد به.

٣- أن يوجه التهديد الى شخص المكرَه أو الى من هو عزيز عليه.

٤- واذا كان المصدر ظروفا طارئة يكون الشخص المضغوط عليه في حالة الضرورة وتسري عليها أحكام الإكراه اذا كان خطرها مبنيا على أساس معقول وكان العاقد الآخر عالما بها أو في استطاعته أن يعلم بها[٢].

فاذا اشترط المنقذ لإنقاذ الغريق أن يبيعه هذا مالاً معينا بثمن بخس كان العقد قابلا للإبطال. واذا امتنع الطبيب من اجراء العملية الجراحية الا بزيادة أكثر من الأجر المتفق عليه يكون العقد قابلا للابطال[٣].

شروط المكرَه (بفتح الراء) :

١- أن يكون مهددا بخطر يمس بالأذى مصلحته التي يحميها القانون أو مصلحة من هو عزيز عليه.

٢- أن يكون عاجزا عن دفعه بمقاومته أو الهرب[١] أو الاستعانة بالسلطة العامة أو بالاستغاثة بمن يساعده.

---

[١] المدني العراقي/م١١٢. ويرى بعض فقهاء الشريعة كأبي حنيفة (البدائع ٤٤٨٩/٩) أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان.

[٢] أبو ستيت، المرجع السابق ١٧٠/١.

[٣] الاستاذ مرقس، المرجع السابق: ص١٩٨.

[١] الهرب في حالة الدفاع الشرعي مشين بخلاف حالة الإكراه.

٣- أن يغلب على ظنه أنه اذا امتنع عن فعل المكره عليه وقع به المهدد به[١].
٤- أن لا يصدر منه ما يدل على اختياره فاذا اكره على بيع سيارته مثلا فباع له معها أدواتها الاحتياطية فلا إكراه.

شروط المكرَه عليه :

١- أن يكون فعلا معينا فاذا كان مجهولا فلا إكراه.
٢- أن يكون عملا غير مشروع فاذا أجبر على الوفاء الذي لم يقم به باختياره فلا إكراه.
٣- أن يكون خطره أقل من خطر المهدد به.

شروط المهدد به:

١- أن يكون المهدد به وسيلة غير مشروعة لذاتها أو لغرضها. والشقوقات المتصورة أربعة:
أ- كلتاهما مشروعة كأن يهدد الدائن مدينه بالتنفيذ على ما له اذا لم يقدم له ضمانا من الرهن او الكفيل.
ب- كلتاهما غير مشروعة كتهديد شخص بالقتل اذا لم يوقع على التزام لا حق له فيه.
ج- وسيلة غير مشروعة والغاية مشروعة كأن يهدد المؤجر المستأجر بالاعتداء عليه اذا لم يدفع القسط المستحق.
د- وسيلة مشروعة والغرض غير مشروع كمن فاجأ شخصا متلبسا بجريمة فاستغل هذا الظرف واضطره الى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه.
ففي هذه الصور الأربع الإكراه قائم في الصورة الثانية والرابعة دون الأولى والثالثة[٢].
٢- أن يكون خطر الوسيلة خطرا محدقا (حالا) يولد رهبة في نفس المكرَه.
٣- أن يكون صادرا من العاقد الآخر أو ممن يعلم به العاقد الآخر أو كان باستطاعته أن

---

[١] المدني العراقي م١١٣.
[٢] الوسيط ١/٣٦٩-٣٧٠.
الاستاذ الدكتور حسن الذنون ص٨٥-٨٦. الاستاذ حجازي ١/٣١١. الاستاذ أبو ستيت ١/١٧٥.

يعلم به[1].

٤- أن يقصد به تحقيق غرض غير مشروع.

٥- واذا كان نفوذا أدبيا أو شوكة أساء صاحبه استعماله يكون اكراها جاعلا العقد قابلا للابطال[2].

شروط الرهبة :

١- أن تقوم على أساس معقول.

٢- أن تراعى فيها ظروف المكره الذاتية والشخصية كالجنس (ذكرا أو انثى) والسن (صغيرا أو كبيرا) والحالة الاجتماعية (مدنيا متحضرا، أو قرويا ساذجا) والحالة الصحية وكذا كل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه[3].

وجدير بالذكر أن معيار الاكراه بالنسبة للوسيلة مادي وبالنسبة للرهبة شخصي لاختلافها باختلاف ظروف المكره الذاتية والشخصية.

وقد أخذ المدني الفرنسي بكلا المعيارين[4]، وأخذت القوانين الحديثة بالمعيار الشخصي والاتجاه الفرنسي هو الأدق.

٣- أن تكون هي الدافعة الى التعاقد ويخضع هذا لسلطة قاضي الموضوع فلا رقابة لمحكمة عليا عليه.

أنواع الإكراه :

ينقسم الإكراه من حيث الوسيلة الى ثلاثة أنواع:

١- الإكراه المادي (المطلق) وهو الذي يعدم الارادة ويجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا كمن يمسك يد شخص بالقوة ويوقع بها التزاما بلا سبب وهذا النوع نادر من حيث الوقوع.

---

[1] الاستاذ مرقس: ص١٩٧.

[2] المدني العراقي م١١٦. الاستاذ الذنون: ص٨٨. الاستاذ البدراوي المرجع السابق ١/٢٧٨. الاستاذ أبو ستيت ١/١٧١. الاستاذ مرقس: ص١٩٧.

[3] المدني العراقي م١١٤. الاستاذ حجازي ١/٢٧٨.

[4] فقد نصّت م١١١٢ على أنه: (يكون الاكراه بتهديد لإنسان مميز يتأثر منه عادة ويخشى بسببه أن يعرض نفسه وأمواله لضرر عظيم عاجل. ولابد في الإكراه من النظر للسن والذكورة والانوثة والشرف والخسة).

٢- الإكراه المعنوي (النفسي) وهو التهديد بخطر يولد الرهبة في ذهن المكرَه بحيث تدفعه الى التعاقد. ويكون العقد قابلا للابطال وتطبيقاته كثيرة.
٣- الإكراه الأدبي الذي يأتي من الشوكة والنفوذ الأدبي كنفوذ الأب على ولده أو الزوج على زوجته أو الرئيس على مرؤوسيه فهو يعد وسيلة للاكراه اذا استغل للحصول على غرض غير مشروع[١].

آثار الإكراه :

إذا توافرت أركانه وشروطه تترتب عليه آثار منها:
١- اعتباره عيبا من عيوب الارادة غير ان هذا الاعتبار مبني على المجاز العقلي أي نسبة الشيء الى غير ما حقه أن ينسب اليه على أساس علاقة السببية والمسببية لأن العيب في الحقيقة والواقع هو الرهبة القائمة بذهن المكره دون الاكراه الذي هو فعل المكرِه.
٢- صيرورة العقد الذي يتم تحت تأثيره قابلا للإبطال ولمن تحققت القابلية للابطال أجازته أو طلب ابطاله خلال ثلاث سنوات من تأريخ زوال أثر الإكراه.
٣- الالتزام برد ما تم تنفيذه اذا ابطل العقد.

موقف القوانين المتأثرة بالفقه الاسلامي من الإكراه :

أهم القوانين المتأثرة بالفقه الاسلامي هي المدني العراقي والأردني واليمني ولا تختلف مع سائر القوانين العربية في عناصر الإكراه وانما الخلاف في أثره.
فذهب العراقي[٢] والأردني[٣] الى ان عقد المكره موقوف يتوقف ترتب آثاره على اجازة المكره بعد زوال أثر الإكراه بينما ذهب اليمني الى عدم صحة عقد المكره[٤].

---

[١] المدني العراقي م١١٦. الاستاذ د.حسن الذنون: ص٨٨. الاستاذ أنور سلطان: ص١٨٨. الاستاذ حجازي ١/٣٠٩.
[٢] المدني العراقي م١١٥.
[٣] وقد نصّت م١٤١ على أن من أكره بأحد نوعي الاكراه (الملجئ وغير الملجئ) على إبرام عقد لاينفذ عقده.
[٤] فنصّت المادة ٧٩ منه على أنه: (لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه ويجب على من وقع منه إكراه إرجاع ما كان الاكراه عليه).

موقف الفقه الاسلامي من الإكراه :

أكثر فقهاء الشريعة لم يفردوا موضوع الإكراه بفصل أو باب مستقل بل تناولوا أثره في التطبيقات الفقهية من الجزئيات باستثناء الظاهرية[1] والحنفية[2].

الظاهرية : قسّم ابن حزم الظاهري الإكراه من حيث طبيعة المكره عليه الى نوعين الإكراه على الكلام والإكراه على الفعل ثم قسم كل نوع من حيث الأثر الى قسمين:

أ- الإكراه على الكلام:

١- الإكراه على التصرفات القولية المشروعة يجعلها باطلة فبيع المكره باطل وكذا زواجه وطلاقه وكل تصرف قولي منشئ أو مسقط للحقوق والالتزامات.

٢- الإكراه على التصرفات القولية غير المشروعة يجعلها مباحة كالقذف والكذب ونحوهما.

ب- الإكراه على الفعل:

فبعض التصرفات الفعلية تتأثر بالاكراه فتصبح مباحة بالإكراه كتعاطي المسكرات تحت ضغط الإكراه وبعضها لا تتأثر بها فتبقى محتفظة بعدم مشروعيتها رغم وجود الإكراه، ووضع ابن حزم معيارا لذلك فقال كل ما تبيحه الضرورة يبيحه الإكراه وما لا تبيحه الضرورة لا يبيحه الإكراه[3]. لكن ينتقد هذا المعيار بأنه نفسه يحتاج الى المعيار للتمييز بين ما تبيحه الضرورة وما لا تبيحه.

الحنفية : قسّم فقهاء الحنفية الإكراه من حيث خطورة المهدد به الى الإكراه الملجئ (التام) والإكراه غير الملجئ (الناقص).

أ- الإكراه الملجئ: يعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بإتلاف نفس أو عضو أو بعض عضو أو بضرب مبرح يخاف منه تلف نفس أو عضو أو باتلاف كل المال.

ب- الإكراه غير الملجئ يعدم الرضا لكنه لا يفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالحبس

---

[1] المحلى ٨/٣٢٩-٣٣٦.

[2] بدائع الصنائع ٩/٤٤٧٩-٤٥١٥.

[3] المحلى، المرجع السابق ٨/٣٣١).

والقيد المديدين وبالضرب غير المتلف على حسب أحوال الناس[١].

ومن حيث طبيعة المكره عليه قسموه الى الحسي والشرعي وهو نفس تقسيم الظاهرية.

أحكام التصرفات الحسية التي تتم تحت ضغط الإكراه ثلاثة:

١- الإباحة كما في تصرفات لا تلحق ضررا ماليا أو جسديا بالغير مثل تعاطي المسكرات.

٢- الرخصة كما في تصرفات تلحق ضررا ماليا بالغير فالإكراه يسقط المسؤولية الجنائية دون المسؤولية المدنية كإتلاف مال الغير تحت ضغط الإكراه.

٣- عدم التأثر بالإكراه كما في جرائم الاعتداء على حياة الانسان أو سلامته.

فمن قتل شخصا بريئا تحت ضغط الإكراه يقتص منه كما لو قتله بلا إكراه[٢].

أحكام التصرفات الشرعية التي يقوم بها المكرَه :

١- التصرف الشرعي الذي لا يحتمل الفسخ لا يتأثر بالإكراه كالزواج والطلاق والعفو عن القصاص ونحو ذلك.

٢- التصرف الشرعي الذي يحتمل الفسخ كالبيع فاسد عند أبي حنيفة وصاحبيه وموقوف عند زفر[٣].

ويتفق الامامية مع رأي زفر في القول بأن عقد المكره موقوف فلا تترتب عليه الآثار الا

---

[١] مرشد الحيران المادة (٢٨٦) والمعيار شخصي لأن المادة (٢٨٨) منه تنصّ على أنه: (يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجهلهم ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا).
ثمرة التقسيم الى الملجئ وغير الملجئ: تظهر في التطبيقات فمن أتلف مال الغير تحت ضغط الإكراه يكون الضمان على المكره (بكسر العين) اذا كان الإكراه ملجئاً (تاما) لأن المكره عندئذ بمثابة آلة التنفيذ ويكون على المكره (بفتح الراء) اذا كان الإكراه غير ملجئ (ناقصا). البدائع، المرجع السابق ٩/٤٤٨٧.

[٢] البدائع ٩/٤٤٨١.

[٣] بدائع الصنائع ٩/٤٤٨١ وما يليها. تنصّ المادة (٢٩٧) من مرشد الحيران على أن: (عقد المكره ينعقد فاسدا لا باطلا فيقبل الاجازة فإن أجازه المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا).

بعد اجازة المكره بعد زوال الإكراه[١].

كما يتفق الشافعية والزيدية[٢] مع الظاهرية في القول ببطلان عقد المكره. وعند المالكية عقد المكره نافذ غير لازم تترتب عليه الآثار ولكن كالعقد القابل للإبطال معرض للزوال بالفسخ من قبل المكره[٣].

الفرع الرابع : الاستغلال المؤدي إلى الغبن الدافع إلى التعاقد [٤]

الاستغلال في اللغة طلب الغلة، والغلة ثمرة ريع الملك[٥]. وفي الاصطلاح: استخدام أحد العاقدين الحالة النفسية عند الآخر لمصلحته[٦].

الغبن :

الغبن في اللغة: الخدعة، والغلبة، والنقص في الثمن، يقال غبنه في البيع أو الشراء: خدعه وغلبه. غبن فلانا: نقصه في الثمن وغيره فهو غابن وذاك مغبون. والغَبْن بالتسكين في البيع، والغَبَن بالتحريك في الرأي.

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٢٧٦/١.

(٢) المهذب لأبي اسحق الشيرازي ٢٥٧/١. شرح الأزهار للعلامة عبد الله بن مفتاح ٣/٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤/٢.

(٤) المدني الفرنسي م١٦٧٤–١٦٨٥، الألماني م١٣٨ قانون الالتزامات السويسري م٢١، المشروع الفرنسي الايطالي م٢٢، المدني المصري م١٢٩–١٣٠، العراقي م١٢٥، السوري م١٣٠–١٣١، الليبي م١٢٩–١٣٠، اللبناني م٢١٣–٢١٤، الكويتي م١٥٩–١٦١، الجزائري م٩٠–٩١، التونسي الفصل ٦٠–٦١، القطري م٢٨، الموريتاني م٧٥–٧٦، اليمني م١٨٣، الاردني م١٤٦–١٥٠،، المغربي الفصل ٥٥–٥٦، مجلة الأحكام العدلية م٣٥٦، مرشد الحيران م٣٠٠.

(٥) لسان العرب فصل الغين حرف اللام ١٧/١٤.

(٦) عرّف فقهاء القانون الغبن ولكن لم أجد لهم تعريفا صريحا للاستغلال سوى بعض التعريفات الناقصة منها تعريف الاستاذ مرقس (أصول الالتزامات: ص٢٠٠) فقال: (أما الاستغلال فهو أمر نفسي مصحوب بعدم التعادل في التزامات الطرفين)، وهذا غير دقيق لأن المستغل به هو الأمر النفسي عبارة عن ضعف أو نقص لدى المستغل.
وقال الاستاذ حجازي (النظرية العامة للالتزام ٣١٢/١) الاستغلال عيب جديد استحدثه التقنين المدني الجديد. وهذا لا يعد تعريفا.

الغبن في الاصطلاح: عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه، وبناء على هذا التعريف يكون مجال تطبيقه عقود المعاوضة غير الاحتمالية[(١)] فلا يكون في عقود التبرع، لأن أحد العاقدين في هذه العقود يقدم أداء بدون مقابل، فالغبن باعتباره عدم التعادل المادي لا يتصور الا في المعاوضات[(٢)].

وباعتباره عدم التعادل في القيمة لا يكون أساسا الا في العقود المحددة، دون عقود الغرر (العقود الاحتمالية) لأن هذه العقود تنطوي على غرر[(٣)].

والعبرة في وجود الغبن وعدمه بوقت إبرام العقد ولا يهم الاختلاف اللاحق لإبرام العقد[(٤)].

الغبن اليسير والغبن الفاحش :

اختلفت معايير التمييز بينهما[(٥)] لعدم وضع معيار ثابت ومقدار محدد يسريان على كل ما من شأنه أن يكون محلا للعقد وأقربها الى الواقع هو أن الغبن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين (من أهل الخبرة) والفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين[(٦)].

وأقترح استبدال تعبير (الفادح) بتعبير (الفاحش). كما أود أن أكرر في اعتبار الاستغلال من عيوب الارادة ما ذكرته سابقا في صدد الاكراه والتدليس من أن نسبة عيب الارادة اليه غير صحيحة الا على سبيل المجاز العقلي، لأن الاكراه والتدليس والاستغلال أفعال للطرف

---

(١) الاستاذ السنهوري، الوسيط ٣٨٦/١. الاستاذ الذنون: ص١٠٠. الاستاذ اسماعيل غانم ٢٢٣/١. الاستاذ مرقس: ص١٩٩.

(٢) يقول الاستاذ السنهوري (المرجع السابق): (ويستخلص من هذا التعريف أن الغبن لا يتصور الا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية، أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن).

(٣) الاستاذ البدراوي ٢٨٧/١. الاستاذ الصدة ٢١٨/١. الاستاذ أنور سلطان ١٩٢/١.

(٤) الاستاذ السنهوري ٣١٣/١. د. اسماعيل غانم ٣٢٦/١. د. أبو ستيت ١٧٧/١.

(٥) من هذه المعايير ما جاء في المادة (١٦٥) من مجلة الأحكام العدلية من أن الغبن الفاحش ما زاد على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة. ونصّت المادة (١٦٣) من المدني الكويتي على أن الغبن يعتبر فاحشا اذا زاد عند ابرام العقد على الخمس.

(٦) نصّت المادة (١٤٦) من المدني الأردني على أن الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين.

المسؤول، وأما عيوب الارادة فهي الرهبة في الاكراه، والغلط في التدليس، والضعف المستغل في الاستغلال.

صلة الاستغلال بالعيوب الاخرى :

الاستغلال ليس عيبا مستقلا عن الغلط والاكراه والتدليس فهو يقترب منها كثيرا رغم جعله عيبا رابعا فهو يقترب من الاكراه وان لم يكن اكراها في حالة الهوى الجامع، ومن الغلط والتدليس وان لم يكن واحدا منهما كما في حالة الطيش البيّن ولذا لم يعالجه بعض القوانين بصورة مستقلة[١].

ورغم هذا التقارب فانه يختلف عن بقية عيوب الارادة بأمرين:

أحدهما- أن المدة المسقطة للدعوى في بقية العيوب ثلاث سنوات من تأريخ انكشاف الغلط والتدليس وانقطاع الاكراه، بينما المدة المسقطة لدعوى الاستغلال سنة من ابرام العقد[٢]، والسرّ في ذلك هو رغبة المشرع في حسم ما يثور من نزاع بسبب الاستغلال في أقرب وقت حتى لا يبقى مصير العقد معلقا على دعوى يكون مجال الادعاء فيها واسعا[٣].

والثاني- حق المغبون في الإبطال أو إنقاص الالتزام في الاستغلال في حين المقرر في سائر عيوب الارادة هو حق الإبطال كما يأتي بيان ذلك.

عناصر الاستغلال:

ذهب فقهاء القانون[٤] الى ان للاستغلال عنصرين: مادي، ومعنوي.

١- العنصر المادي (الموضوعي): هو اختلال التعادل بين التزامات العاقدين اختلالا فادحا وتقدير هذه الفداحة متروك لتقدير قاضي الموضوع.

---

[١] كالمدني اليمني حيث اقتصر على معالجة الغبن في المادة (١٨٣).

[٢] غير ان المادة (١٦١) من المدني الكويتي تنص على أنه اذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية فان سريان مدة السنة لا يبدأ الا من تأريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة.

[٣] الاستاذ اسماعيل غانم ١٨٦/١.

[٤] منهم: الاستاذ السنهوري ٣٩٣/١. الاستاذ الذنون: ص١٠٣. الاستاذ البدراوي ٨٧/١. الاستاذ أبو ستيت ٨٢/١. الاستاذ اسماعيل غانم ٢٢٣/١.

٢- العنصر المعنوي (النفسي): هو استغلال العاقد لما في المغبون من ضعف أو نقص كالهوى الجامح والطيش البين ونحوهما من سائر الحالات النفسية[1].

ويلاحظ على العنصر الثاني بأنه كلام غير دقيق، فكيف يكون الاستغلال عنصرا للاستغلال وكيف يكون الشئ عنصرا لنفسه ؟ فالمراد بالاستغلال الذي هو عيب الارادة هو ما يراد بهذا العنصر نفسه.

اضافة الى ذلك فان عناصر الاستغلال خمسة وهي: (المستغِل والمستغَل والمستغَل فيه والمستغَل به والغبن)، لأن هذه الامور الخمسة هي المكونات الذاتية لماهية الاستغلال وعناصر الشئ تؤخذ من ماهيته.

العنصر الأول– المُستغِل (الغابن) :وهو العاقد الذي يستغل ضعف الآخر للوصول الى غاية غير مشروعة ومن شروطه:

١- أن يكون أحد العاقدين سواء كان أصيلا أو نائبا.

٢- أن تكون نيته الحصول على غاية غير مشروعة.

العنصر الثاني– المُستغَل (المغبون) : وهو العاقد الذي استغل ضعفه ومن شروطه:

١- أن يكون أحد العاقدين أصيلا أو نائبا.

٢- أن يتوافر فيه ضعف من شأنه أن يستغل من الغير.

٣- أن يلحقه غبن فادح.

العنصر الثالث– المُستغَل فيه :وهو محل العقد ومن شروطه:

١- أن يكون له مقابل (عوض).

٢- أن يكون محلا لعقد محدد[2].

العنصر الرابع– المُستغَل به :ومن صوره:

أ- الحاجة (حالة الضرورة) كاستغلال الطبيب حاجة المريض الى العملية فيطلب مبلغا باهظا.

ب- الطيش البين (الخفة والتسرع وسوء التدبير).

ج- الهوى الجامح (الرغبة الشديدة في الحصول على شخص أو شئ مقابل أي ثمن كان).

---

[1] الاستاذ السنهوري ٣٩٨/١. الدكتور الصدة: ص٢٢٤. الاستاذ حجازي ٣١٢/١.

[2] لأن العقد الاحتمالي بطبيعته عقد غرر وغبن فالعاقد يعلم هذه الطبيعة مقدما فلا يحق له لأن يطعن في العقد الاحتمالي بالغبن.

د- عدم الخبرة في المعاملات.

هـ ضعف الادراك (السفه والغفلة ونحوهما).

والغبن بصورة مطلقة يصعب الاحتراز منه لذا أجمع فقهاء الشريعة والقانون على ضرورة التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفادح، غير أنهم اختلفوا في معياره ومقداره كما ذكرنا.

ويمكن ارجاع هذا الاختلاف الى اتجاهين، مادي وشخصي:

أولا: الاتجاه المادي[1] :

مفاده أنه ينظر في تقدير الغبن الى قيمة الشئ (محل العقد) الاقتصادية في حد ذاته طبقا للقوانين الاقتصادية منها قانون العرض والطلب والغبن في ضوء هذا الاتجاه عيب في العقد لا في الارادة ودرجة اختلال التعادل تحدد بالرقم في النسبة بين قيمة الشئ وثمنه[2].

ثانيا: الاتجاه الشخصي[3]:

في ميزان هذا الاتجاه تكون العبرة في تقدير الغبن بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشئ في اعتبار المتعاقد اذ قد يكون الشئ في حد ذاته تافها ولكنه كبير في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع الى ظروفه الشخصية[4] فلا يكون هناك غبن يبرر طلب ابطال العقد أو انقاص الالتزام الا اذا دفع ثمنا أكبر من القيمة الشخصية وهذا الدفع لا يكون ما لم يكن واهما أو مخدوعا في قيمته أو مضطرا الى التعاقد ولا يكون هذا الا نتيجة طيش أو هوى أو رعونة أو عدم خبرة أو عوز أو حاجة.

---

(1) هذا الاتجاه من شأنه الوقوف عند عدم التعادل في ذاته دون التحري عن سببه ودون البحث في ارادة الطرف المغبون ولا في قصد الطرف الغابن وعندئذ يعتبر الغبن بذاته سببا للطعن في العقد على أساس الاختلال بين العوضين. الاستاذ البدراوي ١/٢٨٨.

(2) كما في المادة (١٦٧٤) من المدني الفرنسي التي تنصّ على أنه: (اذا كان البائع مغبونا في ثمن عقاره بأكثر من سبعة أجزاء من اثني عشر جزءا من الثمن الأصلي أي بأكثر من نصف الثمن ونصف سدسها كان له الحق أن يطلب بذلك فسخ البيع ولو كان اشترط صراحة في العقد فوات طلب الفسخ أو كان صرح أيضا في العقد بتنازله عما يظهر فيما بعد من فرق الغبن المذكور).

(3) الاستاذ السنهوري، الوسيط ١/٣٨٧.

(4) بأن يمثل الشئ بالنسبة اليه ذكريات تأريخية، أو عائلية، أو يشبع في نفسه هواية ذاتية أو نحو ذلك.

وبناء على ذلك لا يكون الغبن عيبا مستقلا قائما بذاته بل هو مظهر من مظاهر عيوب الإرادة.

وتقدير فداحة اختلال التعادل متروك للسلطة التقديرية القضائية ولظروف كل حالة ويكفي أن يصل الاختلال الى حد باهظ. وقد أخذت التقنيات الحديثة بهذا التصوير النفسي (الشخصي) للغبن تأثرا بفقه المذاهب الاشتراكية التي نادت بحماية الطرف الضعيف في العقد وعملا بمبادئ الأخلاق بعد تقدم الأفكار الاجتماعية[١].

الموازنة بين الاتجاهين:

من البدهي أن للاتجاه المادي مزية التحديد إذ يقضي على ما يمكن أن يثور بين المحاكم من خلاف حيث يستطيع القاضي بعملية حسابية بسيطة أن يعرف ما اذا كان هناك غبن أم لا، ولكن من أهم عيوب هذا الاتجاه المادي عدم مرونته[٢] لأن المعيار المادي الذي يطبق تطبيقا حسابيا إن دلّ ظاهره على مسحة من العدالة فانه بعيد كل البعد عن تحقيقها في كل ظرف لأنه لدقته الحسابية لا يمكن أن يصلح لحل مسائل تتباين ظروفها وبالتالي تختلف الحلول المناسبة لها.

إثبات الاستغلال :

بناء على قاعدة أن: (الأصل في الصفات العارضة العدم)[٣] يكون على مدعي الاستغلال إقامة الدليل على عدم التعادل والاختلال الفادح بين التزامات الطرفين وعلى استغلال الضعف الموجود فيه ويمكن الإثبات بجميع الطرق بما فيها القرائن لأننا بصدد إثبات وقائع مادية[٤].

جزاء الاستغلال:

يتميز الاستغلال من عيوب الإرادة الأخرى بأحكام خاصة فيما يتعلق بالجزاء فالعيوب الأخرى لا تخول المتعاقد الذي تعيبت إرادته الا بحق الإبطال بينما يحق للمتعاقد المغبون في

---

(١) الاستاذ اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ١/٢٢٦.

(٢) الاستاذ حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد ١/١٧٨.

(٣) المادة (٩) من مجلة الأحكام. ومن الواضح أن الأصل هو السلامة والعيب من الصفات العارضة.

(٤) الاستاذ البدراوي، المرجع السابق ١/٢٩٥.

الاستغلال إضافة الى حق طلب الإبطال حق طلب إنقاص الالتزامات الباهظة التي يحملها الى الحد الذي يزيل أثر الاستغلال (الغبن الفادح). ولا يشترط أن يصل الإنقاص الى رفع الغبن مطلقا بل يكفي رفع فداحته[١]. ولا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني وفقا للقانون[٢].

وبناء على ذلك يكون للمغبون رفع احدى الدعويين، دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص. اذا رفع دعوى الإنقاص فلا يكون للقاضي ان يحكم بالإبطال لأنه عندئذ قضى للمدعي بأكثر مما طلبه في دعواه وذلك غير جائز.

لكن اذا رفع دعوى الإبطال يجوز له أن يحكم بالإنقاص اذا رأى في ذلك ما يكفي لإزالة أثر الاستغلال[٣] ويحق لمن صدر منه الاستغلال أن يتوقى دعوى الإبطال بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن[٤].

وهناك فرق جوهري آخر بين الاستغلال وسائر عيوب الارادة وهو أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال سنة من إبرام العقد بينما في عيب الغلط والتدليس والاكراه لا تسقط الدعوى الا بعد مضي ثلاث سنوات من انكشاف الغلط والتدليس وانقطاع الاكراه[٥].

وفي بعض التشريعات يعد الاستغلال من أسباب بطلان العقد بطلانا مطلقا كما في المدني الألماني المادة (١٣٨) وذلك لمنافاته للآداب العامة[٦]، وهذا الاتجاه يتفق مع بعض المذاهب الاسلامية كمذهب الظاهرية[٧].

---

[١] الاستاذ اسماعيل غانم ٢٣٢/١.

[٢] المدني المصري المادة (٤٢٧).

[٣] وفي وقت التأكد من الزيادة التي ادت الى الغبن الفادح خلاف بين فقهاء القانون فمنهم من قال يجب أن يتم عرض الزيادة قبل صدور الحكم بالابطال أو الإنقاص وهو ما ذهب اليه الأستاذ اسماعيل غانم ٢٣٣/١ ومنهم من يرى أنه يجوز عرض الزيادة حتى بعد صدور الحكم بالابطال وهو ما قال به الاستاذ توفيق فرج الصدة، المرجع السابق بند ١٣٩.

[٤] المدني المصري (م١٢٩). اليمني م١٨٣.

[٥] الاستاذ البدراوي ٢٩٥/١. الاستاذ مرقس: ص٢٠٧. الاستاذ أنور سلطان ٢٠٤/١.

[٦] الاستاذ السنهوري، الوسيط ٤٠١/١.

[٧] المحلى ٤٤٢/٨.

موقف المشرع العراقي من الاستغلال:

يتفق مع بقية القوانين في أنه من عيوب الارادة اذا توافرت عناصره غير أنه تناول حكم الاستغلال في عقود التبرع اضافة الى عقود المعاوضة.

ففي عقود المعاوضة أعطى للمستغَل (المغبون) حق طلب رفع الغبن الفادح أما بزيادة التزامات المستغِل (الغابن) أو بإنقاص التزامات المستغَل (المغبون). وفي عقود التبرع أعطى حق فسخ العقد للمغبون خلال سنة من إبرام العقد[١].

واستبعد المشرع العراقي إبطال العقد لأنه يحرم المتعاقد المغبون من المنفعة التي كان يحصل عليها من إبرام العقد[٢].

واقترح استبدال كلمة (الفادح) بكلمة (الفاحش) في جميع القوانين.

وجدير بالذكر أن المدة المحددة لرفع الدعوى في الاستغلال لرفع الغبن الفادح هي مدة سقوط الدعوى وليست مدة التقادم لأنها لا تقبل الوقف ولا الانقطاع وما لم ترفع خلال تلك السنة تكون غير مقبولة[٣]. ومن الأمور المهمة التي تجب الاشارة اليها أيضا أن أحكام الاستغلال والغبن لا تطبق على عقود المزايدة.

أسباب اخرى لقابلية العقد للابطال:

لا تقتصر أسباب صيرورة العقد قابلا للابطال على عيوب الارادة الأربعة المذكورة في القوانين المتأثرة بالفقه الغربي، بل هناك أسباب اخرى نصت عليها هذه القوانين منها:

أ- تصرفات الصبيّ المميز الدائرة بين النفع والضرر[٤].

ب- تصرفات ذي الغفلة والسفه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما[٥].

---

[١] نصّت المادة (١٢٥) على أنه: (اذا كان أحد العاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة أن ينقضه).

[٢] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق: ص١٠٦-١٠٧.

[٣] الاستاذ أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام: ص١٨٦.

[٤] المدني المصري م١١١.

[٥] المصري م١١٥.

ج- تصرفات المصاب بعاهة يتعذر عليه بسببها التعبير عن الارادة[١].

موقف الشريعة الإسلامية من الاستغلال والغبن :

فاقت الشريعة الإسلامية جميع الشرائع السماوية والقوانين الوضعية في مكافحة الرذيلة وفي الدعوة إلى الفضيلة. فمن الرذائل الغش والتدليس والاستغلال والإضرار بالغير دون مبرر وغيرها من كل ما يقصد به تحقيق مكسب غير مشروع على حساب خسارة الغير. ومن الفضائل في التعامل مع الغير الصدق والأمانة وحسن النية والثقة المتبادلة، وفي هذا الصدد نزلت آيات ووردت أحاديث كثيرة.

ومن الآيات الآمرة بضرورة توافر التراضي الحقيقي[٢] في المعاوضات قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٣]. خوطب بهذه الآية المؤمنون وأريد بهم كافة الناس وذكر الأكل وأريد به جميع التجاوزات على حقوق الغير بدون مبرر، واستعملت صيغة التراضي لأنها للمشاركة فلا يكفي رضاء أحد العاقدين دون الآخر.

ومنها قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[٤] فهو من باب ذكر الخاص وارادة العام أي أحل كل عقد يتوافر فيه التعادل والتوازن بين عوضيه وحرّم كل عقد يختل فيه هذا التعادل والتوازن اختلالا فادحا مؤديا الى حصول أحد العاقدين على مكسب غير مشروع على حساب خسارة العاقد الآخر.

ومن الأحاديث النبوية الآمرة بحسن النية والصدق والأمانة والثقة المتبادلة في العقود

---

[١] تنصّ المادة (١١٧) من المدني المصري الحالي على أنه: (اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.
ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة).

[٢] التراضي الحقيقي هو الذي لا يختلف باختلاف الظاهر والباطن بحيث لو أطلع العاقد على الواقع لرضي به.

[٣] سورة النساء / ٢٩.

[٤] سورة البقرة / ٢٧٥.

وغيرها قوله ﷺ : ((لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه))[١]، ومفاد هذا الحديث هو الحكمة القائلة: (ضع نفسك دائما في مكان من تعامله وضع من تعامله في مكانك وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا فاجعل نفسك بائعا اذا اشتريت ومشتريا إذا بايعت وبذلك تبيع وتشتري بالعدل).

ومن الأحاديث الناهية عن عقود الغرر والاستغلال والغبن قوله ﷺ : ((لا يتلقى الركبان[٢] في البيع، ولا يبيع بعضكم على بعض، ولا تناشجوا))[٣].

وفي رواية أخرى: ((لا تلقوا الجلب[٤] فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى سيده[٥] فهو بالخيار))[٦].

وقوله ﷺ : ((لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))[٧].

ومنها ما رواه أبو هريرة من أنه نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٨]، ومنها أن رجلا أقام سلعة في السوق فحلف بالله لقد أعطى بها ما لم يعط ليوقع فيها رجلا من المسلمين فنزلت آية[٩]: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَـٰئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ فِي

---

[١] صحيح البخاري: ١/١٤، وصحيح مسلم: ١/٥٨.

[٢] تلقي الركبان هو أن يستقبل الحضري (أي من أهل المدينة) البدوي الذي أتى من البادية أو القروي الذي أتى من القرى قبل وصوله إلى البلد ويخبره بكساد ما معه ليشتري منه سلعته بالوكس وأقل من ثمن المثل.

[٣] صحيح مسلم ٣/١١٥٥. النجش في الاصطلاح الشرعي الزيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع لا ليشتريها بل ليغر بذلك غيره.

[٤] أي ما يجلب للبيع.

[٥] أي مالكه، أي اذا جاء صاحب المتاع الى البلد وعرف السعر ووجد أنه مغبون فله الخيار في الاسترداد.

[٦] صحيح مسلم ٣/١١٥٦.

[٧] صحيح مسلم ٥/١١٥٦، أي من أتى بسلعة إلى المدينة ليبيعها بنفسه للمستهلكين مباشرة لا يجوز لأحد من أهل المدينة أن يكون سمسارا له ويحل محله في بيع السلعة لأن ذلك يضر بالمستهلكين.

[٨] صحيح مسلم ٣/١١٥٣، الغرر الخطر والخداع. قال السرخسي الفقيه الحنفي (المبسوط ١٣/١٩١): الغرر ما يكون مستور العاقبة. وقال الشيرازي الشافعي (المهذب ١/٢٦٢): الغرر ما أنطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته.

[٩] من سورة آل عمران /٧٧.

الآخرة... الآية﴾[١].

ومنها أن الرسول ﷺ قال لمن يخدع في البيوع ويستغل عدم خبرته أو خفته في الإدراك: ((إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة[٢]، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إذا رضيت فامسك وان سخطت فارددها على صاحبها))[٣]. ومنها قوله ﷺ : ((من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد))[٤] أي مردود عليه.

والعقود المذكورة وأمثالها تسمى عقود الغرر، وكل عقد فيه الاستغلال والغبن تسري عليه أحكام عقود الغرر.

جزاء الاستغلال والغبن في الفقه الإسلامي :

رغم وضوح دلالة الآيات والأحاديث المذكورة على تحريم كل استغلال وغبن فادح بلا مبرر في العقود اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جزاء الاستغلال والغبن ومدى أثره على عقود الغرر كماً وكيفاً كما يأتي:

أ- فمنهم من ذهب إلى أن جميع عقود الغرر الذي يتضمن الاستغلال والغبن باطلة استنادا إلى النصوص المذكورة وغيرها في القرآن الكريم والسنة النبوية وفي مقدمتهم ابن حزم الظاهري[٥].

ب- ومنهم أخذ بعكس هذا الاتجاه فقال بصحة ولزوم عقود الاستغلال الا في بعض الحالات الاستثنائية وقد تزعم هذا الاتجاه فقهاء الحنفية[١].

---

[١] ينظر: صحيح البخاري بشرح عمدة القاري شرح صحيح البخاري للشيخ الإمام العلامة بدر الدين محمد بن أحمد العيني ١١/٢٣٣.

[٢] أي لا خديعة.

[٣] نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشوكاني ٥/٢٠٦.

[٤] عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١١/٢٦٣.

[٥] حيث قال في كتابه المحلى ٨/٤٣٩-٤٤٠ :

(ولا يحل بيع شيء بأكثر مما يساوي ولا بأقل مما يساوي، ولا يجوز رضاهما (أي العاقدين) بالغبن أصلا برهان صحة قولنا قول الله تعالى:

﴿ لا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾

وقوله تعالى ﴿ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُم وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ سورة البقرة/٩

وقول النبي ﷺ : ((من عمَلَ عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)) أي مردود.

ووقف الشافعية في موقف الوسط فقالوا بالخيار في تلقي الركبان لورود هذا الخيار في نص الحديث الذي نهى عنه، وفي بيع النجش اذا كان بمواطاة البائع في احد القولين لهم ولم يرَ الشافعي (رحمه الله) أي خيار في بيع الحاضر للبادي استنادا الى قول الرسول ﷺ بعد قوله ((لا يبع حاضر لباد)): ((دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض))، علما بأن هذا الجزء الأخير من الحديث تعليل للنهي عن الجزء الأول منه فهو عليه لا له لأن الرسول ﷺ نهى عن أن يصبح حاضر من أهل المدينة سمسارا للبادي حتى لا يؤثر على رزق أهل البلد لأن السمسار يبيع السلعة بأغلى مما يبيعها صاحبها[٢].

---

[١] في البدائع للكاساني ٧/٣٢٢١-٣٢٢٣ في قول الرسول ﷺ ((لا يبع حاضر لباد)) :
ولو باع جاز البيع لأن النهي لمعنى في غير البيع وهو الإضرار بأهل المصر فلا يوجب فساد البيع. وفي بيع متلقي السلع قال وهذا الشراء مكروه تضرر به أهل البلد أولا والشراء جائز في الصورتين جميعا لأن البيع مشروع في ذاته والنهي في غيره وهو الإضرار بالعامة أو أصحاب السلع، وقال في بيع النجش هو مكروه لنهي الرسول ﷺ ولأنه احتيال للإضرار بأخيه المسلم والنهي لهذا الإضرار لا لمعنى في البيع.
وفي مجلة الأحكام العدلية المادة (٣٥٦) : اذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع الا أنه اذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم فلا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم.
قارن المبسوط للسرخسي ١٣/١٩٤.

[٢] في المهذب لأبي اسحق الشيرازي ١/٢٧٠-٢٩٢ ويحرم النجش وهو أن يزيد في الثمن ليغرّ غيره وان كان بمواطاة من البائع ففيه قولان أحدهما له الخيار بين الامساك والرد لأنه دلس عليه فيثبت له الرد كما لو دلس عليه بعيب والثاني لا خيار له لأن المشتري مقصر ففرط في ترك التأمل وترك التفويض الى من يعرف ثمن المتاع.
وقال: ويحرم أن يبيع حاضر لباد وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس اليه في البلد فاذا باع اتسع واذا لم يبع ضاق فيجيء اليه سمسار فيقول لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا وأزيد في ثمنها. وقد نهى عنه الرسول فقال لا يبع حاضر لباد لكن اذا خالف وباع صح البيع وقد احتج الشافعي بقول الرسول في هذا الحديث: ((دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)).
ومع تقديري العظيم لمكانة الشافعي فأنه لم يكن مصيبا في هذا التعليل والاجتهاد لأنه تعليل للنهي فهو ضده وليس سندا لرأيه.
وقال: ويحرم تلقي الركبان وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم وقد نهى رسول الله ﷺ أن تتلقى السلعة حتى يهبط بها الأسواق ولأن هذا تدليس وغرر. وقال الشافعي: للمغبون الخيار لأن هذا الخيار ورد في رواية ابن عباس للحديث.

والامام مالك وفقهاؤه على أن للمغبون حق الخيار بين فسخ العقد وامضائه وموافقته على العقد رغم الغبن الفادح وسندهم أن العمل غير مشروع والضرر مرفوض في الاسلام يجب أن يزال أو يرضى به المتضرر[١].

وقال الحنابلة بعدم خيار المغبون في النجش لأن النهي موجه الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر في البيع. وللمغبون الخيار في تلقي الركبان اذا دخلوا السوق وعرفوا عليهم قد غبنوا ان أحبوا يفسخوا البيع فسخوا. وقالوا : في بيع الحاضر للبادي فان باع حاضر لباد فالبيع باطل[٢].

وفقهاء الشيعة الامامية قالوا بخيار المغبون في كل غبن أياً كان سببه[٣].

والشيعة الزيدية اتفقوا على ثبوت الخيار للمغبون في تلقي الركبان واختلفوا في بيع حاضر لباد[٤].

والسبب الرئيس لاختلاف فقهاء الشريعة في المسائل المذكورة هو اختلافهم في مقتضى النهي على الوجه الآتي:

١- اتفقوا على أن نهي الشارع عن عقد اذا كان لعينه أي لمحله[٥] أو سببه[٦] يكون العقد باطلا.

٢- واذا كان لوصفه اللازم[٧] يكون العقد باطلا عند جمهور فقهاء الشريعة وفاسدا عند الحنفية كالنهي عن القرض الربوي فالفائدة لازمة له ما دام ربويا وثمرة الخلاف ان الفاسد يتحول الى الصحيح اذا أزيل سبب فساده بخلاف الباطل. فمن قال ببطلان القرض الربوي قال انه لا يتحول الى الصحيح بتنازل المرابي عن الفائدة بعد العقد.

---

[١] ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد ٢/١٣٨-١٤٠.

[٢] ينظر: المغني لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامه ٤/٢٣٤-٢٤٣.
وقولهم ببطلان بيع حاضر لباد مبني على أصلهم الذاهب الى أن نهي الشارع عن عقد رعاية للمصلحة العامة يقتضي هذا النهي بطلان العقد رغم كونه لوصف غير لازم.

[٣] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ١/٣٢٥.

[٤] الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للإمام شرف الدين الحسين بن أحمد الصنعاني٣/٣٠٢.

[٥] كالنهي عن بيع المخدرات والمسكرات.

[٦] كالنهي عن عقد يكون سببه غير مشروع مثل البيع مقابل ارتكاب جريمة.

[٧] الوصف اللازم هو الذي لا ينفك عن العقد ولا يتحقق بدونه في مجال آخر كالفائدة الربوية فانها لا تتحقق الا في العقود الربوية.

٣- واذا كان لوصفه غير اللازم[١]: فقال الظاهرية العقد باطل ولا يوجد الفرق بين النهي عن الشيء لذاته أو وصفه اللازم أو غير اللازم. وقال الحنابلة اذا كان النهي لرعاية حق عام يكون المنهي عنه باطلا رغم كون الوصف غير لازم وان كان لرعاية حق خاص فالعقد نافذ غير لازم قابل للفسخ[٢].

وفي رأينا المتواضع ان الغبن الفادح الناتج من غش أو استغلال أو نحو ذلك يبرر للمغبون حق الفسخ أو الإمضاء والقبول مع الغبن أو طلب تعديل الالتزام بما يرفع فداحة الغبن.

آثار تقرير البطلان بالإبطال :

العقد القابل للإبطال عقد موجود قانونا ومنتج لكل آثاره ولا فرق بينه وبين العقد الصحيح بصفة نهائية سوى أنه مهدد بالزوال، لذا لابد لتقرير بطلانه من التراضي أو التقاضي، واذا تقرر بطلانه بإحدى هاتين الطريقتين زال كل أثر له وأرجع كل شيء الى أصله[٣] ويلتزم كل برد ما قبضه من الآخر باستثناء الإبطال لنقص الأهلية فلا يلزم برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ولا يقصد بالمنفعة مجرد الاغتناء بل يراد بها أن يستخدم ما حصل عليه في إشباع حاجة حقيقية أو تحقيق نفع لصالحه كثمن الشراء أو دفع أجرة السكن أو نفقة التعليم أو تسديد دين بخلاف ما صرفه في إشباع شهواته[٤].

---

[١] الوصف غير اللازم هو الذي يوجد مع هذا الموصوف والملزوم وينفك عنه فيتحقق مع غيره كالضرر في عقود الغرر والغبن والاستغلال فالضرر كما يكون عن طريقها فقد يتحقق بطرق أخرى.

[٢] لمزيد من التفصيل فيما يتعلق بمقتضى النهي والشقوقات المذكورة ينظر المراجع الأصولية الآتية:
المحصول في علم أصول الفقه للرازي، دراسة وتحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، الجزء الأول– القسم الثاني: ص٥٠٠.
وارشاد الفحول للشوكاني: ص١١١.
وشرح تنقيح الفصول للقرافي: ص١٧٤.
ومؤلفنا، أسباب اختلاف الفقهاء في الأحكام الشرعية ١/١٢٧–١٤٥.

[٣] واذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية.
المدني المصري م١٤٢، السوري م١٤٣ (مطابق)، الليبي م١٤٢ (مطابق)، العراقي م١٣٨ (موافق).

[٤] الاستاذ عبد المنعم الصدة ١/٢٩٦.

أساس الرد بعد الإبطال :

ذهب البعض إلى أن الأساس هو دفع غير المستحق[١]، ويرى فريق آخر[٢] ان القواعد المقررة في خصوص دفع غير المستحق تتجافى مع منطق البطلان الناتج من الإبطال وان الالتزام بالرد يجب أن ينفذ كما لو كان ناشئا عن العقد لما قام بينهما من علاقة تعاقدية ومقتضى هذا أن كلا من الطرفين لا يستطيع أن يطالب الآخر برد ما أخذ الا بقدر ما يرد هو أيضا مما أخذه فاذا استحال على أحدهما ان يرد ما أخذه فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد[٣].

ويرى الباحث أن هذا الاتجاه الثاني هو الأدق لأنه في حالة دفع غير المستحق لا يوجد سبب لهذا الدفع بخلاف حالة تنفيذ العقد القابل للإبطال فان السبب قائم لكنه مهدد بالزوال فاذا زال يجب الرد على أساس هذا الزوال والالتزام بالرد يكون على أساس المسؤولية العقدية.

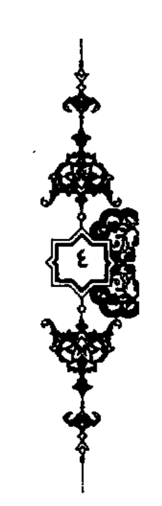
وجدير بالذكر أن جميع أسباب الإبطال في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به هي أسباب للفسخ في الفقه الإسلامي.

---

[١] كالاستاذ السنهوري– الوسيط ١/١٣٤٠، والاستاذ مرقس، اصول الالتزامات ص٥٢٩.

[٢] الاستاذ بلانيول نقلا عن الاستاذ الصدة ١/٢٩٦، والاستاذ حجازي ١/٢٣٢، والاستاذ أبو ستيت المرجع السابق فقرة (٢٥٦).

[٣] الاستاذ الصدة، المرجع السابق.



الفصل الرابع

الالتزام برد غير المستحق على أساس عدم مشروعية السبب

المبحث الأول: الغصب: ماهيته، عناصره

المبحث الثاني: أحكام الغصب المدنية في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

المبحث الثالث: أحكام الغصب الجزائية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائي العراقي



تمهيد

كان الأساس في الفصل الثاني عدم وجود السبب أصلا، وفي الفصل الثالث كان الأساس زوال السبب بعد وجوده.

وأما الأساس في هذا الفصل الأخير فهو عدم مشروعية السبب (السبب المنشئ) الذي يسمى العمل غير المشروع في بعض القوانين كالمدني العراقي[1] المواد (١٨٦-٢٣٢) والمصري[2] المواد (١٦٣-١٧٨) والسوري[3] المواد (١٦٤-١٧٩) والإضرار بحقوق الغير كما في المدني اليمني[4] المواد (٣٠٧-٣٢١) والفعل الضار كما في المدني الكويتي[5] المواد (٢٢٧-٢٦١) والاردني[6] (٢٥٦-٢٩٢). وقد اعتبرته القوانين العربية الحديثة مصدر الالتزام ضمن مصادره الخمسة[7].

ودرس فقهاء القانون[8] هذا الموضوع في باب المسؤولية التقصيرية التي تتكون من الخطأ والضرر وعلاقة السببية، كما درسوا زوال السبب في باب المسؤولية العقدية.

وتسميته المسؤولية التقصيرية تسمية مجازية من قبيل تسمية الجزء باسم الكل، لأن العمل غير المشروع أو الفعل الضار الذي يسمى الخطأ انما هو عنصر من عناصر المسؤولية

---

(1) الفصل الثالث، العمل غير المشروع.

(2) الفصل الثالث، العمل غير المشروع.

(3) الفصل الثالث، العمل غير المشروع.

(4) الباب الثالث، الاضرار بحقوق الغير وتنشأ عنه المسؤولية التقصيرية.

(5) الفصل الثالث، الفعل الضار.

(6) الفصل الثالث، الفعل الضار.

(7) وهي: العقد، والارادة المنفردة، والفعل غير المشروع، والكسب دون سبب كما في المدني العراقي، أو اثراء بلا سبب كما في المدني المصري. والتعبير الأول أدق من التعبير الثاني والقانون. وقد خصص لدراسة كل مصدر من هذه المصادر فصل خاص.

(8) الاستاذ السنهوري، الوسيط ٨٣٩/١ الباب الثاني، العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام: ص٤٢٦ الباب الثالث، العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

الاستاذ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ٧١٧/١ الباب الأول، العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).

التقصيرية.

والواقع ان الفعل الذي يكون عنصرا من عناصر المسؤولية التقصيرية يجب أن يكون ضارا وأن يكون غير مشروع في وقت واحد.

والمسؤولية عبارة عن تحمل تبعات الإخلال بواجب قانوني، فاذا كان هذا الواجب محددا بقانون العقوبات تكون جنائية والا فمدنية[1].

والمسؤولية المدنية أما عقدية وهي الإخلال بالتزام تعاقدي (الإخلال بواجب قانوني خاص)، أو تقصيرية وهي الإخلال بالتزام عام (الاخلال بواجب قانوني عام). ورغم اعتبار فقهاء القانون المسؤولية التقصيرية قسما من المسؤولية المدنية، الا انها قد تكون جنائية ومدنية في واقعة واحدة، كما في الاعتداء على الأموال في بعض الحالات كالسرقة والغصب وخيانة الامانة والكسب غير المشروع ونحو ذلك[2].

بينما المسؤولية العقدية مدنية محضة ما لم يتوافر فيها عنصر التدليس الجرمي أو الغش المتعمد بقصد الإضرار بالغير.

وبناء على ما ذكر، أرى من المفيد اجراء مقارنة مختصرة بين المسؤولية الجنائية والمدنية أولا ثم التعرض بايجاز للخلاف بين فقهاء القانون في وحدة المسؤولية المدنية وازدواجها.

الموازنة بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية [1]

وهما رغم اتفاقهما في ان كل واحدة منهما اخلال بواجب قانوني عام أو خاص، يختلفان في أمور جوهرية أهمها:

---

[1] الاستاذ مرقس، أصول الالتزامات.

[2] في مصادر الحق للاستاذ السنهوري ١/٥٢-٥٣: (الضمان نوعان، ضمان العقد وهذه هي المسؤولية العقدية وضمان الفعل وهذه هي المسؤولية التقصيرية في خصوص المال وضمان الفعل لا يكون الا في الجرائم التي تقع على المال كالسرقة وقطع الطريق، أحدهما يتعلق بالنفس وهو القطع والأخر يتعلق بالمال وهو الضمان).

[1] الاستاذ السنهوري، الوسيط ١/٨٤٣ وما يليها.
الاستاذ حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام والقانون المدني الجديد ١/٣٧٢ وما يليها.
الاستاذ حجازي ١/٤١٦ وما يليها.
الاستاذ مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ٢/٥ وما يليها.
الاستاذ أنور سلطان، المرجع السابق ١/٤٥٦ ومايليها.
الاستاذ عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام: ص٤٢٨ ومايليها.

١- **من حيث الأساس:** أساس المسؤولية المدنية الخطأ المدني، وأساس المسؤولية الجنائية الخطأ الجنائي.

٢- **من حيث تحريك الدعوى:** في المدنية لا يحركها الا صاحب الحق الخاص أو نائبه، بينما في الجنائية يحركها المجني عليه أو نائبه أو ورثته أو من ينوب عنهم، أو نائب المدعي العام في القانون، وكل بالغ عاقل في الشريعة الاسلامية، لدخول هذا التحريك في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[٢].

٣- **متعلق الدعوى الجزائية الشخص المدعى عليه**، لذا تسقط بفقدان أهليته او بالوفاة، بينما متعلق الدعوى المدنية الذمة المالية للمدعى عليه، فلا تسقط لا بالوفاة ولا بفقدان الأهلية، بل تتعلق بتركته في حالة الوفاة.

٤- **من حيث الاختصاص:** الدعوى الجنائية ينظر فيها المحاكم الجنائية، والمدنية من اختصاص المحاكم المدنية، ما لم تكن ناتجة عن فعل جرمي، كما في جريمة السرقة والغصب ونحوهما[٣].

٥- عنصر الضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية الثلاثة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية)، بينما قد تتحقق المسؤولية الجنائية دون وجود أي ضرر فعلي قائم، كالاتفاق الجنائي قبل ارتكاب الجريمة المتفق عليها، وكحيازة السلاح بدون الاجازة في القانون، وكالحسد في الشريعة الاسلامية.

٦- الأعمال الجرمية محددة في المسؤولية الجنائية بناء على قاعدة: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصّ)، بخلاف الأعمال الضارة غير المشروعة في المسؤولية المدنية، فانها لا حصر لها.

٧- القصد الجنائي ركن معنوي في الجرائم القصدية وهو غير مطلوب في المسؤولية

---

[٢] قال تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾ آل عمران : ١٠٤.

[٣] ففي مثل هذه الحالة للقاضي الجنائي ان ينظر في القضية من الجانبين الجنائي والمدني، بناءً على طلب ذي العلاقة، كما يحق للقاضي المدني أن ينظر فيها من الجانب المدني فقط. وقد قررت محكمة النقض المصرية ان القاضي المدني يستطيع دائما ان يؤكد ان الضرر نشأ من فعل المتهم وحده.

نقض مدني ٤/ديسمبر/١٩٨٠، مجموعة أحكام النقض ٢١ أحكام النقض ٢٨-١٧٢٨-٢٩٨ نقلا عن الاستاذ مرقس الوافي ٢/١٠.

المدنية، فمن ارتكب عملا ضارا غير مشروع يجب عليه التعويض وان لم يقصد الاضرار بالغير.

٨- الجزاء في المسؤولية الجنائية محدد مقدماً من حيث الحد الأدنى أو الأعلى أو الحدين، بخلاف التعويض المدني، فإنه لا يكون إلا بحكم قضائي أو اتفاق رضائي، لأنه يختلف باختلاف الضرر من حيث الكم.

٩- الجزاء الجنائي لا يحدد الا بالقانون، بخلاف المدني، فانه كما يحدد بالقانون يحدد بحكم قضائي أو اتفاق رضائي.

١٠- الغرض من الجزاء الجنائي هو الردع أو الزجر والاصلاح، بينما الغرض من الجزاء المدني هو جبر ما حدث من الضرر.

١١- من حيث الأهلية في المسؤولية الجنائية، يجب أن يكون الجاني كامل الأهلية بالنسبة للمسؤولية الكاملة وناقص الأهلية بالنسبة للمسؤولية المخففة، بخلاف المسؤولية المدنية فانها في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به، تكفي فيها أهلية التمييز، وفي الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به لا تشترط الا أهلية الوجوب الكاملة، فيسأل عديم التمييز عن طريق وليه عن الأضرار التي يلحقها بالغير.

١٢- لا يعتد بالخطأ المفترض في المسؤولية الجنائية بناء على مبدأ شخصية العقوبة،[1] بخلاف المسؤولية المدنية فقد يعتد به، كما في مسؤولية المتبوع عن الأفعال الضارة الصادرة عن تابعه، ومسؤولية الانسان عن أضرار الأشياء العائدة له.

١٣- الحق المعتدى عليه في المسؤولية المدنية غالبا يكون من الحقوق الخاصة، أما في المسؤولية الجنائية فيكون أما حقا عاما غالبا أو حقا مشتركا والجانب العام فيه هو الغالب[1].

١٤- من حيث التقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه، وتسقط في كل حال بانقضاء (١٥) سنة من يوم العمل غير المشروع، بخلاف الدعوى الجنائية، علما انه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم

---

[1] وفي الشريعة الاسلامية ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ الأنعام : ١٦٤.

[1] كما في جريمة السرقة فهي اعتداء على الحق العام والحق الخاص في وقت واحد.

تسقط، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية[٢].

ازدواج المسؤولية المدنية ووحدتها :

قسّم جمهور فقهاء القانون المسؤولية المدنية الى العقدية والتقصيرية، فقالوا: المسؤولية تكون عقدية اذا نشأت عن إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي، وتكون تقصيرية اذا كانت ناتجة عن الإخلال بواجب قانوني عام، وهو الزام كل انسان بمقتضى القانون بأن لا يلحق الضرر بالغير بدون مبرر قانوني، وهذا ما عُرف بـ(ازدواج المسؤولية المدنية). بينما ذهب البعض وفي مقدمتهم الاستاذ بلانيول[٣] الى وحدة المسؤولية المدنية وحصرها في التقصيرية.

أدلة أنصار الازدواج [٤]

استدل انصار الازدواج والتقسيم الى العقدية والتقصيرية بأدلة منها ما يأتي:

١- **من حيث الماهية**، المسؤولية العقدية تحمل نتائج الاخلال بالتزام تعاقدي خاص. في حين ان المسؤولية التقصيرية هي تحمل نتائج الإخلال بالتزام قانوني (الالتزام بعدم الحاق الضرر بكافة الناس).

٢- **من حيث مدى التعويض**، في العقدية لا يلزم المدين الا بتعويض الضرر المادي المباشر المتوقع وقت ابرام العقد، بينما في التقصيرية يسأل عن الضرر مطلقا مباشرا ام لا ماديا ام معنويا متوقعا ام غير متوقع.

٣- **من حيث الأهليـة**، يشترط في المسؤولية العقدية أهلية التعاقد، وفي التقصيرية لا يشترط الا أهلية التمييز في الفقه الغربي والقوانين المتأثرة به، وأهلية الوجوب الكاملة قبل التمييز وبعده في الفقه الاسلامي والقوانين المتأثرة به.

٤- **من حيث الاثبات**، في المسؤولية العقدية عبء اثبات القيام بتنفيذ الالتزام يكون على المدين، لأن الوفاء بالدين من الصفات العارضة والأصل فيها هو العدم[١]. وفي

---

[٢] المادة (١٧٢) من المدني المصري.

[٣] الاستاذ الدكتور حسن الذنون: المبسوط في المسؤولية المدنية [١] الضرر: ص٦٥.

[٤] الاستاذ الدكتور حسن الذنون: المرجع السابق: ص٦١ وما يليها.
الاستاذ حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في المدني الجديد ٣٧٧/١ وما يليها.
الاستاذ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام: ص٤٣٢ وما يليها.
الاستاذ أنور سلطان: المرجع السابق ٤٦٠/١ وما يليها.

المسؤولية التقصيرية اثبات الفعل الضار يكون على من يدعيه، لأن الأصل براءة الذمة. وفي المسؤولية التعاقدية يعفى الدائن عن اثبات خطأ المدين، بخلاف التقصيرية فعلى الدائن المضرور اثبات خطأ المدين[٢].

٥- من حيث التضامن، لا تضامن في المسؤولية العقدية بين المدينين الا بنص قانوني[٣] أو اتفاق رضائي، بخلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية فالتضامن قائم بين المسؤولين، سواء كان الكل مباشرين للفعل الضار أو كان بعضهم مباشرا والبعض الآخر متسببا.

٦- من حيث الانذار، في المسؤولية العقدية لا يستحق الدائن التعويض ما لم ينذر مدينه، الا اذا نص القانون على خلاف ذلك[٤]. بخلاف المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يتصور تعليق استحقاق التعويض على سبق حصول الاعذار. وعلى سبيل المثل لا يتصور أن يلزم المجني عليه في حادث مرور لاستحقاق التعويض عن الضرر الذي أصابه، أن يكون قبل الحادث قد أعذر السائق، أن ينفذ واجب القانون بعدم اصابة المارة[١].

٧- من حيث مدة التقادم، تسقط الدعوى في المسؤولية التقصيرية بمرور ثلاث سنوات، اعتبارا من علم المضرور بالضرر ومحدثه، بينما لا تسقط الدعوى العقدية الا بالتقادم الطويل[٢].

٨- المسؤولية التعاقدية أساسها فكرة الالتزام الخاص السابق، بينما لا توجد فكرة الالتزام الخاص في المسؤولية التقصيرية الا بعد وقوع الفعل الضار[٣].

---

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة (٩).

(٢) وتحليل هذا الفرق هو ان الخطأ التقصيري ينشأ دون العلاقة السابقة بين المضرور ومرتكب الفعل الضار غير المشروع، فلزم على مدعي الضرر أن يثبت الخطأ، أما الخطأ التعاقدي فيمكن افتراضه. الاستاذ حجازي: المرجع السابق ٤١٨/١.

(٣) م٣٢٠ من المدني العراقي.

(٤) المدني المصري م٢١٨، والعراقي م٢٥٦ و٨٧٠ من المدني العراقي وهناك حالات لا يحتاج الاعذار كما ورد في المادة ٢٥٨ من المدني العراقي.

(١) الاستاذ حجازي ٤١٨/١.

(٢) المدني العراقي م٢٣٢.

(٣) الاستاذ حجازي، المرجع السابق ٤٢٠/١.

ما ذهب اليه الاستاذ بلانيول[٤] الـذي هـو مـن أنصـار وحـدة المسـؤولية، مـن أن المسؤوليتين تشتركان في ان كلا منهما تنشأ من الإخلال بالتزام سابق، قـول تعـوزه الدقة، لأن الالتزام السابق في المسؤولية التقصيرية عام، أحـد طرفيـه محـدث الضـرر والآخر الناس كافة، لا بين فاعل الضرر والشخص المضرور.

٩- **من حيث الاتفاق على الإعفاء مقدما**، يجوز في المسؤولية العقدية ما لم يكن هنـاك غش أو خطأ جسيم مـن المـدين، في حـين أنـه لا يجـوز هـذا الاتفـاق في المسـؤولية التقصيرية، لأن قواعد هذه المسؤولية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بخلاف قواعد المسؤولية التعاقدية، فيجوز اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب علـى عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، اذا لم ينشأ عن غش[٥] أو خطأ جسيم[٦].

١٠- **من حيث القانون الواجب التطبيق**، في المسؤولية العقدية قانون الموطن المشـترك إن وجد، فاذا اختلف يسري قانون الدولة التي تَمَّ فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه، وإلاَّ فقانون بلـد ابـرام العقـد. وفي المسؤولية التقصيرية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار غير المشروع[١].

وهناك فروق اخرى لا مجال لذكرها كما لا فائدة في استعراضها، وقد ظل هذا التمييز بين النوعين أمرا مسلماً به، الى ان جاء فريق من شراح القانون استنكروا هذا التمييز والتقسيم وقالوا: ان المسؤولية المدنية واحـدة وهـي المسـؤولية التقصـيرية، وجـل أدلـة أنصـار وحـدة المسؤولية المتمثلة بالمسؤولية التقصيرية عبارة عن الردود للادلة المذكورة لأنصار الازدواج[٢]، لذا أهملت التطرق إليها استبعادا للتطويل الممل، اضافة الى انه خلاف عقيم غير منطقـي، لأن كلا من الاتجاهين (اتجاه الازدواج واتجاه الوحدة) صائب وخاطئ فيما ذهب اليـه بصـورة مطلقة، بغض النظر عن قوة الأدلة أو ضعفها أو قبولها أو رفضها للايضاح الآتي:

---

[٤] الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المرجع السابق: ص٦٥.

[٥] الاستاذ حجازي، المرجع السابق.

[٦] المدني المصري م٢١٧.

[١] المادتان (٢٥ و٢٧) من المدني العراقي.

[٢] لمزيد من التفصيل ينظر:
الاستاذ الدكتور حسن الذنون، المبسوط ١/٥٩-٧١.
والاستاذ حجازي ١/٤١٦.

كل مصطلح قانوني أو غير قانوني حين يقسم الى قسمين فأكثر تنطبق عليه القواعد المنطقية الآتية:

أولا– من حيث النسبة:

١- كل مقسم أعم مطلقا من أقسامه، لأنه يجتمع مع كل قسم بمعزل عن الأقسام الاخرى.

٢- كل قسم أخص مطلقا من مقسمه، لأنه لا يتصور أن يتحقق بدونه، فالجريمة أعم مطلقا من القتل العمد العدوان، لأنه ليس كل جريمة قتلاً والقتل أخص مطلقا من الجريمة، لأنه في حالة كونه عمدا عدوانا لا يتحقق بدونها.

٣- والنسبة بين الأقسام تكون بالتباين،[1] فلا يتصور أن تكون جريمة واحدة قتلا أو سرقة بحيثية واحدة، لأن لكل نوع من أنواع الجريمة أركانه الخاصة اضافة الى الأركان المشتركة.

ثانيا– من حيث الحقيقة والاعتبار:

كل تقسيم للمصطلحات وغيرها أما حقيقي أو اعتباري:

١- التقسيم الحقيقي هو أن يكون بين الأقسام تباين في ذهن الانسان بحسب المفهوم وخارج الذهن بحسب التحقق، كتقسيم العدد الى الفردي والزوجي، وتقسيم الزاوية الى الحادة والمنفرجة والقائمة، فهذه الأقسام متباينة في ذهن الانسان وخارج الذهن من حيث المفهوم ومن حيث التحقق، فلا يوجد عدد واحد يكون زوجيا وفرديا ولا زاوية واحدة تكون حادة ومنفرجة وهكذا.

٢- التقسيم الاعتباري هو أن تكون الأقسام متباينة في ذهن الانسان وبحسب المفهوم، وغير متباينة خارج الذهن من حيث التحقق، كالمسؤولية الجنائية والمدنية متباينتان بحسب المفهوم والماهية، وتجتمعان معا في واقعة واحدة، كما في جرائم الاعتداء على الأموال.

---

[1] التباين بين شيئين هو أن لا يصدق أي منهما على ما يصدق عليه الآخر من الأفراد كالمجرم المدان والبريء.

وكالمسؤولية العقدية والتقصيرية، فهما متباينتان بحسب الماهية، بينمـا تجتمعـان في واقعة واحدة بحسب التحقق، كأن يطرد المؤجر مثلا المستأجر مع استعمال القوة قبل انتهاء مدة العقد، فيرفع المستأجر الدعوى على المؤجر طالبا التعويض على أساس حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة، فهذه الدعوى قائمة في وقت واحـد، في واقعة معينة واحدة على أساس المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصـيرية بسـبب الاعتداء الصادر مــن المـؤجر،[1] فاجتمعـت المسـؤوليتان بحسـب التحقـق رغـم تباينهما في ذهن الانسان بحسب المفهوم، وبناءً على ذلك فـان تقسـيم المسـؤولية القانونية الى الجنائية والمدنيـة تقسـيم اعتبـاري، وكـذا بـين المسـؤولية العقديـة والتقصيرية.

فأنصار الازدواج اذا أرادوا تقسيم المسـؤولية المدنيـة الى العقديـة والتقصـيرية تقسـيما اعتباريا فهم على الصواب وأنصار الوحدة على الخطأ، وان أرادوا به التقسيم الحقيقـي فهـم على خطأ والمعارضون على الصواب.

وبناء على هذا التحليل المنطقي الخلاف شـكلي (لفظي) والخلافـات اللفظيـة عقيمـة لا تترتب عليها ثمرة، فانشغال الذهن بها من باب العبث وضياع العمر.

ومن الواضح ان الأسباب الرئيسة للضمان ثلاثة[1] وهي: (العقد، ووضع اليد (الحيازة)، والاتلاف).

كما ان العمل غير المشروع (الضار) الذي تناوله القانون والفقـه القـانوني تحت عنـوان المسؤولية التقصيرية له مفهوم واسع وتطبيقات كـثيرة لا حصـر لهـا، لذا نقتصـر في هـذا الفصل على أبرز نوع من الأعمال الضارة المتكررة في الحياة العملية على النطـاقين الـدولي والداخلي، وهو (الغصب)، ولهذا المصطلح القانوني والفقهي تعريفات متعـددة كمـا يـأتي، بين واسع تبناه فقهاء الشافعية وضيق أقره أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف، ومتوسـط ذهـب اليه جمهور الفقهاء.

---

[1] في تطبيقات الجمع بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ينظر: الاستاذ حجازي، المرجع السـابق ٤٣١/١ وما يليها، والاستاذ مرقس، الوافي ٦٩/٢ وما يليها.

[1] قواعد ابن رجب (عبد الرحمن بن رجب) الحنبلي: ص٢١٨ القاعدة (٨٩). د.إبراهيم الدسـوقي، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق: ص١٥٢.

ولمحاولة الجمع بين هذه الاتجاهات وزعت من الناحية الشكلية دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث:

يخصص الأول لماهية الغصب وعناصره.

والثاني لأحكام الغصب المدنية في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي.

والثالث لاحكام الغصب الجزائية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائي العراقي.

وقدمت في هذا الفصل دراسة الموضوع في الفقه الإسلامي على القانون خلافاً للفصول السابقة، لأن الأخير لم يعالجه بمعزل عن الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

الغصب: ماهيته ، عناصره

توزع دراسة هذا الموضوع على مطلبين:
يخصص الاول لتعريفات الغصب.
والثاني لعناصره.

المطلب الأول

تعريفات الغصب

لم تعالج القوانين المدنية العربية الحديثة موضوع الغصب -حسب ما اعلم- باستثناء المدني العراقي[1] المواد (١٩٢-٢٠١) والمدني الاردني[2] المواد (٢٧٩-٢٨٧) واليمني[3] المواد (١١٢٦-١١٦٠). ولم يعرف الغصب من هذه القوانين سوى المدني اليمني في المادة (١١٢٦) التي نصّت على ان الغصب هو: (الاستيلاء على مال الغير او حقه عدوانا بدون سبب شرعي). ويلاحظ على هذا التعريف ان فيه حشوا لان قيد (عدوانا) يغني عن قيد (بدون سبب شرعي).

ثم ان هذه القوانين الثلاثة معالجتها لعناصر الغصب واحكامه ناقصة اضافة الى اهمال فقهاء القانون في العالم العربي دراسة هذا الموضوع الخطير وهو اهم من المواضيع المدنية والجنائية التي كتبت فيها مجلدات من الشروح ومن الواضح ان الغصب يجمع بين صفتين (جنائية ومدنية).

ولم اجد تعريفا قانونيا لفقهاء القانون في العالم العربي والاسلامي لبيان ماهية الغصب. فالمرحوم العلامة السنهوري (رحمه الله) نقل حرفيا[4] ما قاله البغدادي[1] دون تعليق او

---

[1] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
[2] رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ تحت عنوان الغصب والتعدي.
[3] رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.
[4] في كتابه مصادر الحق في الفقه الاسلامي ١/٥٤.

تعديل، كما لم يتطرق لبيان عناصر واحكام الغصب على اساس انها من وظيفة الفقه الاسلامي فيحال القاضي اليه وقت الحاجة.

وقال الاستاذ الدكتور سليمان مرقس[٢]: (اجمع الفقهاء على ان من اسباب الضمان ان يغصب الانسان شيئا مملوكا لغيره فيهلك الشيء تحت يده). ثم يمضي قائلا: (واكتفى محمد "أي صاحب ابي حنيفة" في ايجاب الضمان بتفويت يد المالك دون حاجة الى اثبات اليد القاهرة واكتفى الشافعي بالامر الاخير دون الاول، وكذلك مالك واحمد، واما سائر الائمة فقد اشترطوا كلا الامرين)، ثم اشار في الهامش الى الاستاذ محمود شلتوت (شيخ الازهر سابقا) في تقريره للمؤتمر الدولي للقانون المقارن بلاهاي سنة ١٩٣٧ {ص٦}.

يبدو ان الاستاذ مرقس، مع تقديرنا لمكانته العلمية، لم يستوعب ما يقصده فقهاء الشريعة من ماهية الغصب، لأن كلامه خطأ في بعضه ومضطرب في بعضه الاخر. وان المرحوم الشيخ شلتوت كان بعيدا عن هذا الكلام غير المطابق للواقع.

وقد قام الاستاذ الجليل الدكتور حسن الذنون (اطال الله عمره) بشرح كاف واف[٣] لمواد القانون المدني في تسعة مطالب، خصص كل مطلب منها لشرح مادة من هذه المواد وبصورة مستقلة، معتمدا في ذلك على اجتهاداته الشخصية العميقة وعلى المراجع الفقهية المعتمدة في الفقه الاسلامي، دون تقيد بمذهب معين، بعد ان استعرض تعريفات بعض فقهاء الحنفية والشافعية والمالكية والامامية للغصب.

واحاول بدوري ان استعرض في هذا البحث، من كل مذهب فقهي اسلامي من المذاهب المدونة، تعريفا سائدا فيه، ثم ارجح ما أراه الاقرب واقعيا الى العدالة والاكثر ملاءمة لهذا العصر الذي تغلب فيه النزعة المادية للانسان على نزعته الروحية والمعنوية، بحيث اصبح الحلال ما حل وتيسر للانسان، اضافة الى ذلك فقد ظهرت صور متعددة لغصب اموال الناس، وسادت طرق احتيالية شتى للاستيلاء على حقوق الغير بدون مبرر شرعي او قانوني، بحيث لم يقتصر الغصب على الحوادث والتطبيقات السائدة سابقا في عهد المذاهب، ولا على المناطق والاقاليم الداخلية، بل اصبح غصب الدول المتقدمة في المجال التكنلوجي

---

[١] العلامة ابو محمد غانم بن محمد البغدادي في كتابه مجمع الضمانات: ص١١٧.

[٢] في كتابه الوافي في شرح القانون المدني-٢- في الالتزامات المجلد الثاني: ص١٠٠.

[٣] في كتابه المبسوط في المسؤولية المدنية الجزء الثاني- الخطأ، مطبعة العزة، ٢٠٠١: ص٢٦٤-٢٦٦.

الحديث لاراضي الدول المتخلفة في هـذا المجـال ظـاهرة حضـارية، ويكـاد يكـون الاحـتلال وغصب سيادة الشعوب المغلوبة على امرها من الدول الكبرى من الاعـراف الدوليـة، تـارة باسم مكافحة الارهاب واخرى تحت اسم حماية الحقوق القومية، وفي ظل ميثاق الامم المتحدة، وعلى مـرأى ومسـمع العـالم الاسـلامي تسـتمر الدولـة الصـهيونية في غصـب الاراضـي الفلسطينية.

ومن تتبع الحياة اليومية الاقتصادية والسياسية وما يجري في كل يـوم مـن الاعتـداءات المتكررة على حقوق الغير، يجد ان تطبيقات الغصـب في المجـالين الـدولي والـداخلي اكثـر بكثير مما كتب فيه القانون من مجلدات من حيث الخطورة على حياة الفرد والمجتمع.

واذا رجعنا الى الماضي البعيد والقريب في العراق، نجد ان النظام الطبقـي الفـاحش كـان سائداً في عهد الخلافة العثمانية، وكان الخليفة يسمح لذوي النفوذ في البلد بالاستيلاء علـى مئات الدونمات من الاراضي العراقية مقابل دعمهم لكرسي السلطان. واستمر الامـر علـى النمط نفسه في العهد الملكي، وهكذا نشأ النظام الطبقي الفاحش البغيض بين ابناء الشعب العراقي.

وخلال (٣٥) سنة من عمر النظام الجمهوري السابق وزعت الاف الـدونمات مـن اراضـي الدولة واراضي الضعفاء من الشعب على كبار المسؤولين. واخيرا رحلوا الاف العراقيين تحـت ذريعة التبعية وهجروهم الى ايران والدول الاخرى وغصبوا اموالهم المنقولة وغير المنقولة.

ورغم ذلك سكتت القوانين عن معالجة هذا الفعل الضار الخطـير علـى الفـرد والمجتمـع وذلك لان الدولة هي في مقدمة الغاصبين.

ماهيــة الغصـــب :

الفقه الحنفي[1] :

في هذا الفقه اتجاهان في تحديد ماهية الغصب اتجاه ابي حنيفة وصاحبه ابي يوسف، واتجاه محمد الشيباني من اصحابه ايضا.

---

[1] البدائع للكاساني ٩/٤٤٠٣. تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٢٢
تكملة فتح القدير ٩/٣١٩ الهداية شرح بداية المبتدئ ٤/١١
الدر المختار مع الـرد المحتـار شـرح تنـوير الابصـار، الاختيـار لتعليـل المختـار لابـي الفضـل الموصلي ٣/٨٣ مجمع الضمانات للبغدادي: ص١١٧.

تعريفه على الاتجاه الاول: (اخذ[١] مال[٢] متقوم[٣] محترم[٤] بلا اذن ممن له الاذن[٥] على وجه يزيل يده بفعل في العين[٦]).

والاتجاه الثاني يأخذ بالتعريف نفسه باستثناء القيد الاخير.

ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

١- لا يتحقق الغصب الا بتوافر العناصر الثلاثة الاتية.

أ. ازالة اليد المحقة (يد المغصوب منه او من ينوب عنه).

ب. اثبات اليد المبطلة.

ج. فعل الغاصب في العين المغصوبة بالنقل والتحويل.

٢- عدم اعتبار العقارات محلا للغصب لعدم امكان النقل والتحويل فيها.

٣- عدم اعتبار منع المالك من ممارسة صلاحياته على ملكه غصبا لعدم تحقق العناصر المذكورة.

٤- عدم اعتبار الاستيلاء على ما يسمى الاختصاص -كما في الكلب النافع- غصبا.

٥- نقصان قيد (قهرا) في التعريف.

٦- عدم اعتبار المنافع محلا للغصب، فالاستيلاء على منافع اموال الغير قهرا لا يعد غصبا عند الحنفية، فمن سكن دار الغير وتمتع بمنفعة سكناها سنوات متعددة، لا يكون غاصبا لا للدار ولا لمنفعتها ولا يكون ضامنا الا اذا هلكت الدار تحت يده، كما لا يكلف بدفع اجرة المثل لسكنى الدار المستولى عليها، وهذا يتعارض مع العدالة وروح الشريعة الاسلامية.

ومنشأ هذا الاجتهاد الحنفي هو الأخذ بالاتجاه الفلسفي[١] الذاهب إلى أن الاشياء الموجودة في هذا الكون إما جواهر أو أعراض، والجوهر هو كل موجود قائم بذاته، والعرض

---

(١) خرجت حالة منع المالك من ممارسة صلاحياته على مملوكه دون اخذه منه.

(٢) خرج ما ليس بمال كحق الاختصاص مثل الكلب النافع وسماد الحيوان ونحوهما.

(٣) خرج ما ليس بمتقوم شرعا كالخمر والميتة.

(٤) خرج ما ليس بمحترم أي ما لا يحميه الشرع والقانون كمال الحربي اثناء المعركة وكل ما يستولى عليه وقت الحرب من المعدات والمؤن للعدو اما اموال المواطنين المنتسبين الى الدولة المحاربة فهي محرمة كتحريم اموال غيرهم.

(٥) خرج نحو الاعارة.

(٦) خرج ما لا يفعل فيه الغاصب من النقل والتحويل من حيازة المغصوب منه الى حيازة الغاصب.

هو كل موجود قائم بغيره، فالورق مثلا مادته المكونة منها جوهر، اما لونه من البياض وغيره فهو عرض، والعرض يتجدد بتجدد الزمان، فعرض هذه اللحظة غيره في اللحظة السابقة او اللاحقة. وقال الحنفية منافع الاشياء كألوانها أعراض تتجدد بتجدد الزمان، فمنافع ما قبل الغصب غير منافع ما بعده، فلا تنطبق عليها قاعدة: (ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة)، اضافة الى ذلك فان المنافع ليست بمال عندهم حيث عرّفوه بانه: (ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او غير منقول)[٢]، ثم ان التعويض يكون اما بالمثل او بالقيمة، والمثلي والقيمي من اقسام المال، فما دامت المنافع ليست بمال فلا تكون بمثلية ولا قيمية[٣].

تقويم هذا الرأي:

ان هذا الرأي للحنفية، مع تقدير مكانتهم الفقهية وتطور فقههم، اذا قورن بفقه الاخرين، رأي تعوزه الدقة في معنى المنفعة التي هي عبارة عن الطاقة الكامنة في الشيء تستهلك هذه الطاقة بمرور الزمن، سواء كان ذلك بالاستعمال او الاهمال، فمنفعة كل شيء طاقته الكامنة التي يقوم بها، وهم خلطوا بين المنفعة والانتفاع فالذي يتجدد بتجدد الزمان هو الانتفاع دون المنفعة

ومن الغريب ان الاخرين من الفقهاء سلموا لهم هذه الفكرة (فكرة تجدد المنافع بتجدد الزمان) غير انهم قالوا انها مال قابل للتعامل والتملك تبعا للعين ذات، المنفعة فمنفعة العين المؤجرة مثلا تكون محلا لعقد الاجارة تبعا لعينها التي تسمى الرقبة.

وقد شعر المتأخرون من الحنفية (المجتهدون في المذهب) بعدم عدالة هذا الاتجاه الذاهب الى عدم ضمان المنافع وعدم قابليتها للغصب لذا استثنوا من اصلهم هذا بعض الحالات وهي: اذا كان العقار اتخذ لغرض الاستغلال كمن بنى دارا او اشتراها لغرض الايجار والانتفاع

---

[١] للاطلاع على مزيد من التفصيل في الجوهر والعرض يراجع المواقف للعلامة عضد الدين وشرحه للسيد شريف الجرجاني ٢١٣/١ وما يليها.

[٢] مجلة الاحكام ا لعدلية المادة (١٢٦).

[٣] واستدلوا ايضا بحديث (الخراج بالضمان) أي الغنم بالغرم ويرد هذا الاستدلال بان الحديث خاص بحالات رد المبيع للعيوب الخفية ففي هذه الحالات الغلة او المنافع تكون ملكه قبل فسخ العقد فليس للبائع استردادها لانه لو هلك المبيع قبل الفسخ لهلك عليه.

بغلتها او كان العقار وقفا او كان مال صغير[١].

الفقه المالكي[٢] :

التعريف السائد للغصب في هذا الفقه هو انه اخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة. وعرّفه ابن عرفة -من فقهاء هذا المذهب- بأنه: (اخذ[٣] مال[٤] غير منفعة[٥] ظلما[٦] قهرا[٧] لا خوف قتال[٨]).

وسمى فقهاء المالكية الاستيلاء على المنفعة ظلما قهرا (التعدي).

وقال الحطاب[٩]: وفرق الفقهاء -أي فقهاء المالكية- بين الغصب والتعدي في وجوه منها:

أ. ان الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب اي يوم وضع يده عليها بالتعدي والمتعدي يوم التعدي.

ب. الغاصب يضمن الفساد (النقصان) اليسير والمتعدي لا يضمن الا الكثير.

ج. على المتعدي كراء ما تعدى عليه واجرته بكل حال عند مالك وقال في الغاصب لا كراء عليه.

وفي اعتقادنا المتواضع ان عدم اعتبار الاعتداء على المنفعة وحدها غصبا في الفقه

---

(١) مجلة الأحكام العدلية م٥٩٦.

(٢) مختصر خليل وشرحه مواهب الجليل للحطاب (محمد بن محمد بن عبد الرحمن) طبعة بيروت دار الكتب العلمية ٧/٣٠٧.

الشرح الصغير لسيدي احمد الدردير مع حاشية احمد الصاوي المعروف بـ(بلغة السالك لاقرب المسالك) ٢/١٩٣.

الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/٤٤٢.

شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل ٦/١٣٩.

(٣) خرج منع ظالم شخصا من ممارسة صلاحياته (التصرف والانتفاع والاستغلال) في ملكه .

(٤) خرج الاختصاص من الاشياء النافعة كالكلب النافع وسماد الحيوانات.

(٥) خرج الاستيلاء على منافع اموال الغير لانه يسمى تعديا عندهم لا غصبا.

(٦) خرج ما يؤخذ بحق كأخذ الدين من المدين المماطل قهرا.

(٧) خرجت السرقة لانها اخذ مال الغير ظلما في حرز مثله خفية.

(٨) خرج اخذ المال من قبل قطاع الطرق بالقوة فهذا الاخذ جريمة حدية بينما الغصب جريمة تعزيرية.

(٩) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل المرجع السابق ٧/٣٠٧.

المالكي مبني على ان هذا الفقه يشترط في الغصب قصد تملك المأخوذ ظلما وقهرا.

وفي حالة الاستيلاء على المنفعة وحدها لا يتوافر هذا القصد غالباً، وعلى سبيل المثل من اخذ مال غيره بدون اذنه ولو جهرا او قهرا ليقضي حاجته ثم يعيده اليه، يعد آثما امام الله وضامنا للمنفعة امام مالكها، وللمالك اجرة المثل والتعويض في حالة هلاك العين هلاكا كليا او جزئيا، ورغم ذلك لا يعد غاصباً، لان الغصب عندهم وعند بقية الفقهاء جريمة تعزيرية توجب العقاب، اضافة الى وجوب رد المغصوب ان كان باقيا، ورد بدله ان لم يكن باقيا، لان الغصب يوجب المسؤولية المدنية والجنائية معا. وفي حالة الاعتداء على المنفعة وحدها تقوم المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجنائية التي قال بها جميع فقهاء الشريعة في الغصب ومنهم المالكية[1].

الفقه الشافعي :

يُعدّ تعريف الفقهاء الشافعية للغصب الادق والاشمل والاعدل والاقرب الى حماية الحقوق المالية للناس، التي يعد المال فيها احدى الضروريات الخمس في الاسلام،[2] حيث عرّفوه[3] بأنه: (الاستيلاء[4] على حق الغير[5] بدون حق[6]).

---

[1] في مختصر خليل وشرح الخرشي ١٣٠/٦: (وادب مميز يعني اذا كان الغاصب مميزا فانه يؤدب وجوبا ويسجن لحق الله باجتهاد الحاكم بعد ان يؤخذ منه ما غصبه)

قارن مواهب الجليل للحطاب ٣٠٨/٧ وتعبير (يؤدب) عند فقهاء الشريعة يقصد به انه يعاقب عقوبة تعزيرية وهي عقوبة تحددها السلطة التشريعية الزمنية.

[2] المصالح الضرورية (او المقاصد الضرورية) في الاسلام خمس وهي حماية الدين وحماية النفس وحماية العرض وحماية المال وحماية العقل.

[3] منهاج النووي (الشيخ محي الدين) بشرح تحفة المحتاج لابن حجر (شهاب الدين بن احمد) مع حاشيتي الشرواني وابن قاسم العبادي ٢/٦، قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى ٢٦/٣، اعانة الطالبين للعلامة الشيخ محمد الدمياطي ١٣٦/٣.

[4] قال الشرواني على تحفة المحتاج ٢/٦: الاستيلاء ولو حكما قال شيخنا وهذا المعنى الشرعي اعم من المعنى اللغوي: (وهو اخذ الشيء ظلما) لان الاستيلاء اعم من الاخذ. وقال ابن حجر يرجع في الاستيلاء للعرف.

[5] قال ابن حجر (تحفة المحتاج ٢/٦): ولو خمرا وكلبا محترمين وسائر الحقوق والاختصاصات كحق محتجر وكاقامة من قعد بسوق او مسجد لا يزعج منه والجلوس محله.

[6] خرج الاستيلاء بحق كاعارة ونحوها.

ومن ميزات هذا التعريف شموليته لاعمال ضارة غير مشروعة كثيرة منها:

١. الامتناع عن اعادة ما وقع تحت يده بدون الاخذ[١].
٢. الاستيلاء على ما ليس بمال ككلب نافع وسماد الحيوانات وغير ذلك من كل ما يسمى الاختصاص فالاستيلاء عليه عدوانا غصب[٢].
٣. يشمل منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق.
٤. اخذ مال غيره بالحياء يعد غصبا[٣].
٥. المنافع تكون محلا للغصب – كما تكون الاعيان محلا له- لانها من الحقوق فمنافع المغصوب مغصوبة[٤].
٦. تسري احكام الغصب في الفقه الشافعي على السرقة والحرابة (قطع الطريق) والاختلاس وخيانة الامانة[٥].

---

[١] في المهذب ٣٧٥/١: (القت الريح ثوب الانسان في داره لزمه حفظه لانه امانة حصلت تحت يده فلزمه حفظها كاللقطة فان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه مسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب).

[٢] وفيه ايضا ٣٧٤/١: (ان غصب كلبا فيه منفعة لزمه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده).
وقال الدمياطي المرجع السابق ١٣٦/٣ تعليقا على تعبير الحق بدلا من المال: (لانه يخرج بالمال الكلب والخنزير والسرجين وجلد الميتة وخمر الذمي وسائر الاختصاصات)

[٣] قال الدمياطي المرجع السابق ١٣٧/٣: (قال الغزالي من طلب من غيره مالا في الملأ "جماعة من الناس" فيدفعه اليه لباعث الحياء لم يملكه ولا يحل له التصرف فيه وهو من باب أكل اموال الناس بالباطل).

[٤] في المرجع السابق ١٣٦/٣: (الغصب استيلاء على حق غيره ولو منفعة كالجلوس على فراش غيره وان لم ينقله).
وفي تحفة المحتاج المرجع السابق ٥/٦ (فلو ركب دابة الغير بغير اذنه او جلس على فراش لم تدل قرينة الحال على اباحة الجلوس عليه فغاصب وان لم ينقله لحصول غاية الاستيلاء).
وفيه ايضا ٧/٦: (ولو دخل داره وازعجه عنها فهو غاصب وان قهره على الدار أي منعه التصرف فيها ولم يدخل فغاصب وان لم يقصد الاستيلاء عليها).

[٥] في الباجوري ١١/٢: (وقوله عدوانا أي ظلما ثم ان كان خفية في حرز مثله يسمى سرقة وفي الصحراء يسمى محاربة او مجاهرة. واذا اعتمد الهرب يسمى اختلاسا وان جحد ما اؤتمن عليه يسمى خيانة). أي هذه الاعمال غير المشروعة الضارة رغم وجود اسماء خاصة بها كلها من باب الغصب.

٧. يجري الغصب في العقار كما يجري في المنقولات لان الاستيلاء لا يتطلب النقل والتحويل ولان الكل حق مالي.

فقه الشيعة الامامية[١] :

لفقهاء الشيعة الامامية تعبيران في تعريف الغصب:

احدهما- الغصب الاستقلال[٢] باثبات اليد[٣] على مال[٤] الغير[٥] عدوانا[٦]. وهو ما تبناه العاملي.

والثاني- الغصب هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق[٧]. وهذا التعريف اعم من الاول واقرب الى تعريف الشافعية.

فقه الشيعة الزيدية[٨] :

يقرب فقهاء الشيعة الزيدية من التعريف الثاني للشيعة الامامية، فعرّفوه بأنه الاستيلاء على مال الغير عدوانا.

---

[١] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٢/٢٢٩. ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد للعلامة الشيخ ابي طالب محمد بن الحسن الحلي ٢/١٦٦.

[٢] الاستقلال: الاخلال وهو الاستبدادية لا طلبية كما هو الغالب في باب الاستفعال فخرج ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذي هو لابسه فانه لا يسمى غصبا وكذا ليس بغصب ما لو اشترك اثنان فاكثر في اثبات اليد عليه عدوانا.

[٣] خرج ما لا اثبات معه اصلا كمنعه من ماله حتى تلف.

[٤] خرج ما ليس بمال كالاختصاصات.

[٥] خرج بالغير ما لو استقل باثبات يده على مال نفسه عدوانا كالمرهون في يد المرتهن والوارث على التركة المدينة أي تتعلق بها ديون الدائنين. فليس بغاصب وان اثم وضمن.

[٦] خرج بالعدوان اثبات المرتهن والولي والوكيل والمستأجر والمستعير ايديهم على مال الراهن والمولى عليه والموكل والمؤجر والمعير. الروضة البهية ٢/٢٢٩.

[٧] في ايضاح الفوائد المرجع السابق ٢/١٦٦ للاصحاب (أي فقهاء الامامية) في تعريف الغصب عبارتان:

(أ) الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدوانا.

(ب) الاستيلاء على مال الغير بغير حق.

[٨] المنتزع المختار للعلامة ابي الحسن عبد الله بن مفتاح وشرحه المعروف بـ(شرح الازهار) للامام احمد بن يحيى المرتضى ٣/٥١٩.

غير ان الفقهين يختلفان في غصب العقار[١]، فعند الامامية يجري الغصب في المنقول والعقار.

اما فقهاء الزيدية فمنهم من يتفق مع اتجاه ابي حنيفة وابي يوسف في ان العقار لا يكون محلا للغصب، ومنهم من يتفق مع الجمهور بضمنهم الامامية.

الفقه الحنبلي:

يتفق الفقه الحنبلي مع فقه الامامية في تحديد ماهية الغصب، فعرّفه ابن قدامة[٢] بأنه: (الاستيلاء على مال غير بغير حق).

فقه الظاهرية:

يعتبر هذا الفقه اقرب فقه للمذهب الشافعي، لان الشافعية استعملوا تعبير (الحق) بدلا من (المال)، واستعمل الظاهرية (الشيء) بدلا من (المال)، ومن الواضح ان الشيء اعم من الحق والمال. فقال ابن حزم: (الغصب هو اخذ الشيء بغير حق)[٣]، فالشيء كالحق يشمل الاختصاصات والحقوق المالية وغير المالية، كالحقوق السياسية والاجتماعية والاسرية، فاحتلال دولة لأخرى غصب لسيادتها، اضافة الى غصب مواردها كلها او بعضها، وهجر الزوج لزوجته بدون عذر في المعاشرة الزوجية غصب لحقوقها، ومنع الناس من الحريات والحقوق في الانظمة الدكتاتورية غصب لتلك الحريات والحقوق.

الاستنتاج :

يستنتج من استعراض تعريفات الغصب في المذاهب الفقهية الاسلامية المدونة المعمول بها في العالم الاسلامي من حيث المقارنة والترجيح والعمل، ان أفضل تعريف للغصب للعمل

---

[١] في المرجع السابق ٣/٥٢٠: (المغصوب على ضربين: احدهما مما ينقل ويحول، والثاني مما لا ينقل، فاذا كان المغصوب مما لا ينقل كالضياع "العقارات" فان الغاصب لا يضمن بالغصب، على قياس قول يحيى وهو قول ابي ح وف أي ابي حنيفة وابي يوسف فقال م بالله انها تضمن بالغصب وهو قول ش ومحمد فلا يضمن غير المنقول الا ما تلف تحت يده فاذا اتلفه الغير لا يضمنه عند الهادي ويضمنه عند م بالله).

[٢] ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المغني ٥/٢٣٨.

[٣] المحلى ٨/١٣٥.

بمقتضاه هو تعريف فقهاء الشافعية، وبوجه خاص في هذا العصر المتطور الـذي نجـد فيـه ان حقوق الشعوب المستضعفة اكثرها مغصوبة بصورة مباشرة او غير مباشرة من الدول الكبرى المتقدمة في العالم التكنلوجي. ورغم ترجيحنا لتعريف الشافعية فـان الدراسـة المقارنـة بـين المذاهب الفقهية والقانونية، تتطلب عدم التقيـد بمـذهب معـين. وبنـاءً علـى ذلـك احـاول استعراض عناصر الغصب وأحكامه في هذا الفصل الاخير مـن البحـث، دون تقيـد بمـذهب معين.

المطلب الثاني
عناصر الغصب

عناصر كل مصطلح قانوني أو شرعي تؤخذ من تعريفه وماهيته، لأن عنصر كل شـيء مادي أو معنوي ما يتوقف عليه هذا الشيء، من الأركان والشـروط في المفـاهيم الذهنيـة والجزئيات، والمواد الأولية في الأشياء المركبة الموجودة في خارج ذهن الانسان، كالمواد الأوليـة التي تتكون منها الدار او السيارة مثلا.

وعناصر ضمان الغصب ثلاثة [1] :

١- الموجب وهو الغصب (أو العمل غير المشروع الضار).

٢- المغصوب فيه وهو الشيء المغصوب من المال المنقول وغير المنقول في القضايا المالية، والحقوق والحريات في القضايا السياسية والاجتماعية والثقافية الدولية والداخلية.

٣- الواجب ما يجب على الغاصب ويلتزم بأدائه مـن رد المغصـوب اذا كـان باقيـا، والا فعليه رد بدل من مثل في المثليات والقيمـة في القيميـات، اضـافة الى التعويضـات الاخرى اذا كان هناك ما يبررها، هذا اذا كان المغصـوب مـالاً، واذا كـان حقـا غـير مالي يجب على غاصبه اعادته الى وضعه الطبيعي.

ويستنتج من التعريفات السابقة للغصب أن أركانه أربعة، وهي:

١- الغاصب: وهو الذي يستولي على حق غيره بدون حق.

٢- المغصوب منه: وهو من غصب حقه من مال أو غير مال.

---

[1] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للعلامة الحطاب ٣٠٦/٧ وما يليها.

٣- المغصوب: وهو الشيء الذي حرم منه صاحبه من قبل شخص آخر طبيعي أو معنوي (حكمي).

٤- عملية الغصب: التي هي بمثابة الركن المادي في الجريمة.

ولكل ركن من هذه الأركان الأربعة شروط منها متفق عليها ومنها مختلف فيها ونتناولها في هذا المطلب تناولا بعيدا عن الإيجاز المخل والإطناب الممل.

شروط الغاصب:

ويشترط فيه شروط أهمها:

١- أن يكون شخصا طبيعيا كانسان يغصب حق غيره، أو معنويا كدولة تغصب الحقوق المالية أو غير المالية لدولة اخرى، أو للأفراد الخاضعين لسيطرتها.
فاذا حال حيوان مفترس أو عارض طبيعي بين المالك وبين ممارسة صلاحياته في ملكه، لا يسمى هذا المانع غاصبا، لا في اللغة ولا في الاصطلاح.

٢- أن لا يكون عديم الأهلية بالنسبة للمسؤولية الجنائية، لأن الغصب جريمة تعزيرية اضافة الى صفتها المدنية، فالطفل عديم الأهلية الذي يأخذ من آخر مثله مالاً يسأل مدنيا، فيسري عليه ما يسري على البالغ والمميز من أحكام الغصب، لكن لا يسأل جنائيا، لأن الصغر من موانع المسؤولية الجنائية[1].

٣- أن يكون أقوى من المغصوب منه ذاتيا أو مركزيا، فمن سكن في بيت وهو جزء من دار شخص آخر ساكن فيها بدون اذنه وهو ساكن، فاذا كان أقوى من صاحب الدار يعد غاصبا، والا فلا يعتبر غاصبا، وانما يكون ضامنا لمنافع البيت الساكن هو فيه.

٤- أن لا يكون من أصول المغصوب منه، كأب وجد وان علا وأم وجدة وان علت[2]، والا فاستيلاء الاصول على أموال فروعهم من الأولاد وأولاد الأولاد وان نزلوا لا يسمى غصبا، لقول الرسول ﷺ لأحد أولاد أصحابه: ((أنت ومالك لأبيك))[3]، فيقاس غير

---

[1] في شرح الخرشي ١٣٠/٦: ان الغاصب اذا كان مميزا فانه يؤدب وجوبا ويسجن لحق الله باجتهاد الحاكم بعد أن يؤخذ منه ما غصبه، كما يؤدب على الزنا تحقيقا للاستصلاح وتهذيبا للأخلاق ولو عفا عنه المغصوب منه، لأنه حق الله، ودفعا للفساد في الأرض.

[2] تكملة فتح القدير للقاضي زاده ٣٦١/٧. الشرح الكبير للدردير ٤٤٢/٣.

[3] الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه ٧٦٩/٢ (برقم ٢٢٩٢)، وابن حبان في صحيحه ١٤٢/٢ (برقم ٤١٠).

الأب على الأب بجامع الأصولية.

٥- أن لا يكون دائنا للمغصوب منه المماطل بحيث لا يستطيع الحصول عليه، الا عن طريق الاستيلاء على بعض أمواله تساوي دينه أو أقل[١].

٦- أن يكون الاستيلاء بفعله الايجابي كالأخذ أو السلبي كالمنع، أو يكون بفعل مأمور تابع له أو مكرهه اكراها ملجئا.

٧- اشترط بعض الفقهاء[٢] القصد، فمن أخذ مال غيره بغير اذنه دون قصد تملكه لا يعد غاصبا، لكن يكون ضامنا، في حين لم يشترط هذا الشرط الفقهاء الآخرون[٣].

٨- أن لا يصدر عن المغصوب منه قبل الاسترداد أو التلف، ما يدل صراحة أو دلالة على إبراء الغاصب[٤].

٩- أن لا يكون مضطرا لقوله تعالى ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[٥].

١٠- أن لا يكون مكرها اكراها ملجئا، لأن الغاصب في هذه الحالة هو المكرِه (بكسر الراء) والمكره بمثابة الآلة لا يُسأل لا جنائيا ولا مدنيا، وانما المسؤولية توجه الى المكرِه خلافا للمالكية فعندهم المسؤولية المدنية تتوجه الى كليهما[٦].

---

(١) اشترط بعض الفقهاء أن يكون المأخوذ من جنس دينه، وفي اعتقادنا لا داعي لهذا الاشتراط ما دام في كل الأحوال ينظر الى القيمة المالية.

(٢) شرح الازدهار، المرجع السابق ٣/٥٢٠.

(٣) وهذا هو القمين بالأخذ لانطباق تعريف الغصب عليه، غير انه في بعض الحالات يجب توفر هذا القصد، كما في حالة التقاط اللقطة، فان كان لغرض ايصاله الى صاحبه لا يكون ذلك غصبا، وان كان بقصد تملكه يعد غاصبا.

(٤) في المهذب ١/٣٧٤ وان غصب شيئا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب وقال المزني يبرأ لأنه أذن له في امساكه.

(٥) سورة البقرة /١٧٣. يجوز لمن كان الجوع يهدده بخطر الموت أن يأخذ الطعام من الغير بالقوة والاكراه، لكن اذا طلب صاحب المال التعويض فعليه التعويض، لأن الضرورات تجيز المحظورات ولا تبيحها، وقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات) ليست صحيحة على اطلاقها.

(٦) في شرح الخرشي ٦/١٣٢: من أكره غيره على تلف شيء فانهما يضمنان معا هذا لتسببه وهذا لمباشرته، بينما جاء في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار بحاشية ابن عابدين ٦/١٣٥ (وضمن رب المال المكره بالكسر لأن المكره بالفتح كالآلة).

شروط المغصوب منه :

أهم شروطه ما يأتي:

١- أن يكون مالكا للمال المغصوب ملكية تامة أو ناقصة، ففي غصب العين المؤجرة التي كانت في حيازة المستأجر، فالمغصوب منه بالنسبة لرقبة العين هو المؤجر، وبالنسبة لمنفعتها هو المستأجر، لأنه هو المالك لها خلال مدة عقد الايجار، لذا عند رد المغصوب يخير الغاصب بين رده الى المؤجر أو المستأجر.

٢- أن لا يكون راضيا بالأخذ والاستيلاء لا صراحة ولا ضمنا.

٣- أن لا يكون من فروع الغاصب كما ذكرنا في شروط الغاصب.

٤- أن لا يترك دعوى الاسترداد حتى تسقط بالتقادم.

٥- أن لا يبرأ الغاصب من الالتزام برد المغصوب أو بدله.

٦- أن لا يكون حربيا، لأن أخذ المال من الحربي أثناء المعركة أو من الدولة المعتدية واجب في الاسلام، اذا كان من شأن هذا المال أن يساعد العدو على كسب النصر.

أما احتلال الأراضي من قبل الدولة المنتصرة فهو غصب ومحرم شرعا وقانونا، لأن استعمال القوة لا يجوز الا في حالة الدفاع الشرعي، وينتهي الدفاع الشرعي بانتهاء عملية الاعتداء.

ولا يجوز أخذ أموال منتسبي الدولة المعتدية، ممن لم يشارك في الحرب، لا حالة الحرب ولا بعدها، كما لا يجوز قتلهم لقوله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾[1].

---

(1) سورة البقرة /١٩٤ وقوله تعالى ﴿واتقوا الله﴾ أمر بعدم تجاوز المدافع عن الحدود المرعية في الدفاع الشرعي، وفي الاسلام لا يجوز استعمال القوة والعنف الا في حالة الدفاع الشرعي.
تنصّ المادة (٥٣) من اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في ١٢/آب/أغسطس ١٩٤٩ على أنه: (يحظر على دولة الاحتلال أن تدمر أي ممتلكات خاصة ثابتة أو منقولة تتعلق بأفراد أو جماعات أو بالدولة أو السلطات العامة أو المنظمات الاجتماعية أو التعاونية الا اذا كانت العمليات الحربية تقتضي حتما هذا التدمير).
ومقتضيات هذه المادة أوصى بها الرسولﷺ والخلفاء الراشدون في توجيهاتهم لقادة الجيوش الاسلامية ولا مجال هنا لاستعراضها.

٧- اشترط بعض الفقهاء أن لا يكون مرتدا: ذهب بعض فقهاء الشريعة الاسلامية الى ان الأموال التي اكتسبها المرتد بعد ارتداده اذا مات[1] تكون لبيت المال (الخزانة العامة) فاذا أخذتها الدولة قهرا لا تكون غاصبة.

ولا يشترط الأهلية فلا فرق بين غصب الأموال من كامل الأهلية أو ناقصها أو عديمها، بل لا يشترط سوى أهلية الوجوب الناقصة، وأخذ مال الجنين (كحقه من التركة) يعد غصبا.

٨- بالنسبة لصحة الرد يشترط أن يكون المغصوب منه من أهل التمييز والمحافظة على المغصوب بعد رده له[2].

شروط المغصوب :

أهمها ما يأتي:

١- عند جمهور فقهاء الشريعة يشترط أن يكون مالا، وهذا الشرط غير لازم عند الشافعية[3] ومن وافقهم في القول، بأن أخذ الاختصاصات كالكلب النافع والسرجين ونحوهما غصب، فشرط المالية للمغصوب ان كان مقبولا في السابق فانه مرفوض في الحال والمستقبل، لأن غصب السيادة والحرية أشد وأكثر خطورة من غصب المال.

والصواب هو شرط كونه حقا سواء كان حقا ماليا أو غير مالي كما بينا سابقا.

٢- أن يكون متقوما، فأخذ الخنزير والخمر[4] وغيرهما من الأموال المحرمة وغير القابلة للتعامل لا يعد غصبا في الشريعة الاسلامية، ولكن يجب أن يقيد ذلك بأن تكون

---

(1) ومن الفقهاء الذين قالوا بهذا الحكم: المالكية الشرح الكبير للدردير ٤:٣٠٥ وما يليها، والشافعية مغني المحتاج ١٤٢/٤ وما يليها، والحنابلة المغني ١٢٨/٨ وما يليها. بينما ذهب البعض كالحنفية الى ان ما يتركه المرتد من الأموال تكون لورثته لسببين أحدهما الاسلام والثاني القرابة.

(2) مجمع الضمانات: ص١٤٠.

(3) في المهذب ٣٧٤/١: أن غصب كلبا فيه منفعة (الكلب النافع) لزمه رده على صاحبه لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده.

(4) في المرجع السابق ٣٧٦/١: وان غصبه خمرا وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلًا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان عليّ فالقول قول الغاصب لأن الأصل براءة ذمته.

من الأموال العائدة الى المسلمين، اما بالنسبة لغيرهم من أهل الكتاب وأهل الذمة والمستأمن، فيعدّ غصبا تسري عليه أحكام الغصب.

٣- أن يكون محترما (معصوما) أي جديرا بأن يحميه الشرع والقانون، فالمؤن والمعدات الحربية العائدة الى الدولة المعتدية، لا تكون محلا للغصب أثناء المعركة، فيباح الاستيلاء عليها لأنها تساعد العدو على كسب النصر.

٤- أن يكون مملوكا للغير اذا كان مالا، لأن الاستيلاء على الأشياء المباحة كصيد السمك والطير والحيوانات غير المأهولة والأحجار في الجبال والحطب في الغابات والكلأ في الصحراء لا يعد غصبا.

وكذلك الاستيلاء على مال نفسه ظاناً أنه مال الغير.

٥- أن لا يكون من الأموال المهربة المضرة بالاقتصاد الوطني، فمصادرة هذه الأموال من قبل الدولة لا تعد غصبا، ما دامت في ذلك المصلحة الاقتصادية الداخلية، وما دام القانون قد حرم التهريب، لأن لولي الأمر استحداث العقوبات وتقييد الحريات وتحديد الأعمال المباحة، كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك.

٦- أن لا يكون من الأموال الفاسدة المضرة بصحة الانسان، فاستيلاء الدولة على الأدوية الفاسدة في الصيدليات وعلى أموال التجارة في المخازن والتي أصبحت غير صالحة للاستعمال والاستهلاك، لا يعتبر غصبا، بل اتلافها من واجبات الدولة، استبعادا عن انتشار الأمراض بسببها.

٧- أن لا يكون من الأموال المحتكرة لدى أصحابها في وقت يحتاج اليها المستهلكون، بحيث يؤدي احتكارها الى المضايقة المالية والمعيشة بالنسبة لمن بحاجة ماسة اليها، فالاستيلاء عليها لغرض بيعها بسعر السوق لا يعد غصبا، بل يجب على الدولة الاستيلاء على الأموال المحتكرة وبيعها بالسعر السائد بالأسواق. قال رسول الله ﷺ: ((من احتكر فهو خاطئ))، وفي رواية معمر قال: ((لا يحتكر الا خاطئ))[1]، ويمقتضى هذين الحديثين وغيرهما يكون الاحتكار جريمة على ولي الأمر عقاب المحتكر اضافة الى أخذ الأموال المحتكرة قهرا وبيعها بسعر السوق على أن يدفع لأصحابها ثمنها الحقيقي.

---

[1] الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ١٢٢٨/٣ (برقم ١٦٠٥).

٨- واشترط الحنفية أن لا يكون المستولى عليه من المنافع، وقد سبق تفصيل ذلك بما يكفي فلا داعي لتكراره، فكما تكون الأعيان محلا للغصب، كذلك المنافع تكون محلا للغصب، بل غصب المنافع أهم وأخطر من غصب الأعيان، لأن الأعيان مقصودة ومطلوبة لمنافعها لا لذاتها.

٩- واشترط أبو حنيفة وأبو يوسف وبعض الزيدية أن لا يكون عقارا، لأن من عناصر عملية الغصب النقل والتحويل، وهذا الاتجاه مرفوض في العالم الاسلامي، لأن أساس تحريم الغصب استبعاد الضرر وضرر غصب العقار أكثر بكثير من ضرر المنقول غالبا، ولأهمية العقار اشترط بعض القوانين لصحة التصرفات التي تنصب عليه[١] ان تسجل في الدائرة المختصة، والا فتعد باطلة كما في القانون العراقي أو غير ناقلة للملكية كما في القانون المصري[٢].

شروط عملية الغصب :

اهمها ما يأتي:

١- أن تكون عملية ضارة فالعمل النافع في ملك الغير لا يسمى غصبا.

٢- أن تكون عملية غير مشروعة.

٣- أن تكون مانعة من ممارسة المالك (المغصوب منه) من صلاحياته الملكية.

٤- عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض الزيدية يشترط أن تتوافر في عملية الغصب العناصر الآتية:

أ- إزالة اليد المحقة[٣] (يد المغصوب منه).

ب- اثبات اليد المبطلة (يد الغاصب).

ج- عمل النقل والتحويل للمغصوب من مكان الى أخر.

---

[١] المادة (٥٠٨) المدني والمادة (٣) من قانون التسجيل العقاري.

[٢] المادة [٩] من قانون الشهر العقاري.

[٣] في الهداية ١٣/٤: (ومن ضروراته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين).

ويرد هذا بأن اجتماع اليدين ليس مستحيلا اذا كان باعتبارين مختلفين، كان أحدهما حكميا والآخر حقيقيا، كمنع المالك من ممارسة صلاحياته (التصرف والانتفاع والاستغلال) رغم بقاء يده على هذا الملك من حيث الحيازة.

وعند الجمهور يكفي اثبات يد الغاصب على المال المغصوب، وعند الشافعية يكفي الاستيلاء بالأخذ أو منع المالك وحرمانه من التصرف والاستعمال والاستغلال.

وفي رأينا المتواضع أن عملية الغصب تتحقق بمجرد فعل يصدر من شخص يمنع المالك قهرا من احدى خصائص ملكه وهي التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة، وليس من الضروري أن ينتفع الغاصب بالمال الذي يستولي عليه أو يضعه تحت تصرفه، والمهم في عملية الغصب الحاق الضرر بالمغصوب منه بطريقة غير مشروعة.

والعملية الضارة غير المشروعة لا تتوقف دائما على النقل والتحويل في الغصب، ولا ينظر الى النقل والتحويل أو حلول اليد المبطلة محل اليد المحقة وانما ينظر الى الاعتداء الممثل بفعل ضار غير مشروع ادى الى توافر عناصر المسؤولية التقصيرية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية).

وأدق ما قيل في تعريف الغصب -كما ذكرنا- هو ما قاله الماوردي الشافعي في تعريف الغصب من انه منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير حق[٢].

---

[٢] المجموع شرح المهذب ١٣/٢٨٤.

المبحث الثاني

أحكام الغصب المدنية

في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي

وتوزع دراسة هذا الموضوع على مطلبين:
يخصص الاول لاحكام الغصب المدنية في الفقه الاسلامي
والثاني في القانون المدني.

المطلب الأول

أحكام الغصب المدنية في الفقه الإسلامي

أحكام كل تصرف هي الآثار التي تترتب عليه من الحقوق والالتزامات.

وأهم أحكام الغصب بعد توافر عناصره ، هي:

- وجوب رد المغصوب للمغصوب منه اذا كان باقيا.
- وجوب رد زوائد المغصوب التي حدثت بعد الغصب وقبل الرد ان كانـت باقيـة، وفي حالة عدم بقاء المغصوب أو زوائده يكون الواجب رد بدله من مثل في المثليات وقيمة في القيميات.
- ووجوب دفع الأرش في حالات حدوث نقص أو عيب في المغصوب.
- ووجوب رد المغصوب الى الحالة التي كان عليها قبل الغصب اذا طرأ عليه تغير وكان قابلا للإزالة قبل الرد.
- ووجوب أجرة المثل لمنافع المغصوب سواء انتفع بها الغاصب أو لا.
- ووجوب التعويض عن كل ضرر أصاب المغصوب منه نتيجة الغصب.
- وفي جميع الحالات تجب رعاية حقوق الغاصب رغم تعديه اذا أحدث زيادة في المغصوب على نفقته أو بعمله.

- وفي حالة تضارب مصالح المغصوب منه مع مصالح الغاصب، ترجح مصالح الأول لأن الثاني معتد أثيم.

هذه الالتزامات كلها جزاء مدني، ومن البدهي ان الغصب جريمة تترتب عليه مسؤولية جنائية، اضافة الى كونه فعلا ضارا غير مشروع تترتب عليه المسؤولية المدنية، فالغاصب مرتكب لجريمة الاعتداء على مال الغير فهو آثم أمام الله ومستحق لعقوبة تعزيرية أمام المجتمع، كما يأتي بيان ذلك في محله.

وعلى الغاصب الوفاء فورا بكل التزام يترتب على فعله الضار غير المشروع ما لم ينقض هذا الالتزام قبل الرد بسبب من أسباب الانقضاء كالإبراء[١] واتحاد الذمة[٢] والمقاصة[٣] والتقادم[٤] ونحو ذلك.

وجدير بالذكر ان الحق في القانون المدني العراقي المتأثر بالفقه الاسلامي لا يسقط بالتقادم وانما تسقط الدعوى وحدها.

مصادر التزامات الغاصب في الشريعة الإسلامية:

مصادر التزامات الغاصب تجاه المغصوب منه في موضوع الغصب: القرآن والسنة النبوية والإجماع والمعقول. وجدير بالذكر ان القرآن الكريم اذا نص على حكم فان بقية المصادر المذكورة تكون مؤكدة لما نص عليه القرآن.

---

[١] بأن يبرئ المغصوب منه الغاصب عن المغصوب صراحة أو دلالة. في مجمع الضمانات: ص١٤٠: (رجل غصب ثوبا أو دابة أو دراهم فأبرأه المالك منها يبرأ الغاصب عن ضمان الغصب ويصير المغصوب أمانة في يده وكذا لو قال حللته من الغصب بريء الغاصب عن الضمان).

[٢] كأيلولة ملكية المغصوب الى الغاصب بالميراث أو الوصية أو نحو ذلك.

[٣] اذا توافرت شروطها.

[٤] من الواضح ان مسؤولية الغاصب مسؤولية تقصيرية وتسقط الدعوى فيها بمضي ثلاث سنوات اعتبارا من علم المتضرر بوقوع الفعل الضار (الغصب) وبشخص من أوقعه (شخص الغاصب) وتسقط في جميع الأحوال بمضي خمس عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (الغصب) م٢٣٢ المدني العراقي.

أ- القرآن :

وردت في القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على تحريم جميع الأفعال الضارة غير المشروعة وفي مقدمتها الغصب، كما تشير الى ما يترتب عليها من الأحكام الدنيوية والاخروية.

ومن هذه الآيات قوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[١] ، وقوله تعالى ﴿وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ.الاية﴾[٢] ، والمراد بالأكل في هاتين الآيتين هو التعدي والتجاوز على كل حق للغير بدون حق أي أريد به معناه العرفي العام الشامل لمعناه اللغوي الخاص أيضا، وقوله تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ[٣] بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ ﴾[٤] ، وقوله تعالى ﴿وَيْلٌ[٥] لِّلْمُطَفِّفِينَ[٦] الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ ﴾[٧] ، وقوله تعالى ﴿وَلاَ تَحْسَبَنَّ اللّهَ غَافِلاً عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾[٨].

---

[١] سورة النساء / ٢٩.

[٢] سورة البقرة / ١٨٨.

[٣] من الواضح ان الغصب اعتداء على حقوق الناس بغير حق وتسمية الزام الغاصب برد المغصوب وسائر الواجبات اعتداءاً انما هو من باب البلاغة في المجانسة بين الألفاظ والتعابير والا فجزاء الغاصب مدنيا وجنائيا جزاء عادل وليس باعتداء.

[٤] سورة البقرة / ١٩٤.

[٥] الويل: العذاب والعقاب.

[٦] جمع مطفف ومنه قول العرب دون التطفيف أي الشيء التافه لقلته وهذا الوعيد يلحق كل من يأخذ لنفسه زائدا ويدفع الى غيره ناقصا قليلا أو كثيرا ومن فعل ذلك وأصر عليه كان مصرا على كبيرة من الكبائر أي الجرائم ذات الخطورة على المجتمع لأن عامة الناس يحتاجون يوميا الى المعاملات المالية المبنية غالبا على الكيل والوزن والذرع.
ينظر حاشية الصاوي على تفسير الجلالين ٤/٢٩٩-٣٠٠.

[٧] سورة المطففين / ١-٣.

[٨] سورة ابراهيم / ٤٢.
استدل الصنعاني (الروض النضير ٣/٤٠١) بهذه الآية على أحكام الغصب وعلى ان الغاصب ظالم يستحق الجزاء المدني والجنائي.

ب- السنة النبوية :

هناك أحاديث كثيرة تؤكد ما جاء في القرآن الكريم من تحريم الاعتداء على أموال الغير من المنقولات والعقارات، منها ما يأتي:

١- قوله ﷺ : ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه))[(١)].

٢- قوله ﷺ: ((ان دماءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا وشهركم هذا في بلدكم هذا))[(٢)].

٣- قوله ﷺ : ((لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا، فان أخذه فليرده عليه))[(٣)].

٤- قوله ﷺ : ((من اقتطع شبرا من الأرض ظلما، طوقه الله اياه يوم القيامة من سبع أرضين))[(٤)]. وفي رواية اخرى: ((لا يأخذ أحد شبرا من الأرض بغير حقه، الا طوقه الله الى سبع أرضين يوم القيامة)). وفي رواية: ((من ظلم قيد شبر من الأرض، طوقه من سبعين أرضين))[(٥)].

٥- قوله ﷺ : ((لا يحل مال أمرىء مسلم الا بطيبة من نفسه))[(٦)].

ج- الاجماع [(٧)] :

اجمع فقهاء الشريعة على ما نصَّ عليه القرآن وأكدته السنة النبوية من تحريم الاستيلاء

---

(١) سنن الترمذي ٣/٥٦٦، السنن الكبرى للبيهقي ٧/٢٩٢، سنن ابن ماجه ١/٥٩٥.

(٢) أي ان أموال بعضكم حرام على بعض كحرمة يومكم هذا، والحرمة ما لا يحل انتهاكه في شهركم هذا يعني شهر ذي الحجة في يومكم هذا يعني يوم عرفة، لأنه قال ذلك في حجة الوداع، في بلدكم هذا يعني مكة والحرم.
شرح غروب المهذب للعلامة محمد بن أحمد الركبي ١/٣٦٧.

(٣) الحديث أخرجه الترمذي في سننه ٤/٣٠١ (برقم ٣٠٠٥).

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه ٣/١٢٣٠ (برقم ١٦١٠).

(٥) صحيح مسلم ٣/١٢٣٢. وهذه الأحاديث الصحيحة تقضي بخلاف من ذهب الى عدم وجود الغصب في العقار.

(٦) الحديث أخرجه الدراقطني في سننه ٣/٢٦ (برقم ٩٠، ٩١).

(٧) في المغني ٥/٢٩٤: الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق وهو محرم بالكتاب والسنة، وأجمع المسلمون على تحريمه في الجملة وانما اختلفوا في فروع منه.

على حق الغير بدون حق.

وتسمية هذا الاتفاق إجماعاً بالاصطلاح الأصولي مبنية على المجاز، لأن الإجماع اتفـاق مجتهدي أمة محمد بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي.

واذا نصَّ القرآن على حكم وأكدته السنة النبوية، فلا حاجة للإجمـاع، لأن اللجـوء اليـه يكون في حالات عدم وجود نص واضح ثابت.

د- المعقول [1] :

فالعقل السليم يقضي بأن الغصب ظلم، وكل ظلم قبيح وكل قبيح محرم. وجدير بالذكر ان التزامات الغاصب بالوفاء بالواجبات التي ذكرناها فيمـا يتعلـق بالغصـب، منهـا متفـق عليها ومنها مختلف فيها، ونحاول استعراض أهمها، بغض النظر عن الاتفاق والاختلاف، مع الاشارة الى بعض من هذه الاختلافات.

التزام الغاصب برد المغصوب:

من أهم التزامات الغاصب رد العين المغصوبة في المكان الذي غصـبه[2] لتفـاوت القـيم بتفاوت الأماكن،[1] فاذا كان المغصوب عقارا وجب على الغاصب الخروج منـه ناويـا عـدم العودة اليه وتمكين المالك منه.

والرد فوري سواء كان المغصوب عقارا او منقولا أو اختصاصا كالكلـب النـافع[2]. ولأن

---

[1] في شرح الأزهار ٥١٩/٣: والأصل في قبح الغصب العقل والسمع، أمـا العقـل فلأنـه ظلـم والظلـم قبيح عقلاً، وأمـا السـمع فالكتـاب والسـنة والاجمـاع، أمـا الكتـاب فقولـه تعـالى ﴿ ولاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ ، وأما السنة فما روي عـن الـنبي ﷺ أنـه قـال: ((لا يحـل مـال امـرئ مسلم الا بطيبة من نفسه))، واما الاجماع فلا خلاف في قبح الغصب.

[2] المدني العراقي م١٩٢، المدني الاردني م٢٧٩/٢، المدني اليمني م١١٢٦، والمشرع العراقي نقـل حرفيا المادة (٨٩٠) من مجلة الأحكام العدليـة الـتي نصّـها: (يلـزم رد المـال المغصـوب عينـا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا، وان صادف صـاحب المـال الغاصـب في بلدة اخرى وكان المال المغصوب معه، فـان شـاء صـاحبه اسـترده هنـاك، وان طلـب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب)، لكن أضاف الى ذلك ما يـأتي: (وهـذا دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى).

[1] الهداية (الفقه الحنفي) ٤م١٢.

[2] تحفة المحتاج (الفقه الشافعي) ٩/٦.

حق المغصوب منه في المغصوب متعلق بماليته ولا ينقضي التزام الغاصب ولا تبرأ ذمته الا برد عينه[١].

ولا يجزئ الغاصب دفع قيمته عوضا عن المغصوب ما دام باقيا ولا خلاف في ذلك[٢].

ولا يفترض في وجوب الرد أن يكون المغصوب باقيا على حالته التي كان عليها قبل الغصب بل يجب الرد سواء كانت العين المغصوبة باقية على هيئتها يوم غصبها أو زائدة أو ناقصة،[٣] وسواء كان الباقي بعد النقص قليلا أو كثيرا[٤] ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، والغاصب اعتدى على حقين، حق الله (الحق العام) فجزاؤه العقاب، وحق العبد (حق المغصوب منه) الخاص وجزاؤه رده اذا كان باقيا ورد بدله إذا لم يكن باقيا[٥].

واذا ادعى الغاصب هلاك المغصوب لا يصدق الا بالبينة، لأنه يدعي خلاف الظاهر حيث ان الهلاك صفة عارضة والأصل فيها العدم[٦].

وفي حالة دعوى الهلاك وعدم اقامة البينة عليه يحبس مدة بحيث تدفع الغاصب الى الإقرار ببقائه لو كان باقيا[٧].

واذا فقد المغصوب أو سرق وكان مصير السرقة مجهولا، يعد ذلك هلاكا حكميا، فيصار الى البدل من مثل ان كان المغصوب مثليا وقيمة اذا كان قيميا. هذا ما اتفق عليه الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في حكم حالة ظهوره وحصول الغاصب عليه.

فهل يجب عليه رده للمغصوب منه واسترداد قيمته، أو يعد ملكا له فلا يكون هناك مجال للرد والاسترداد الا باتفاق رضائي.

---

(١) المغني لابن قدامة (الفقه الحنبلي) ٢٣٨/٥.

(٢) شرح الأزهار (فقه الزيدية) ٥٢٥/٣.

(٣) الروضة البهية شرح اللمعةالدمشقية (فقه الامامية) ٢٣٢/٢.

(٤) المحلى لابن حزم الظاهري (فقه الامامية) ١٣٥/٨.

(٥) في قوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي المالكي: ص٣٤٦: على الغاصب حقان:
أحدهما حق الله وهو أن يضرب ويسجن زجرا له ولأمثاله على حسب اجتهاد الحاكم.
والثاني حق المغصوب منه وهو أن يرد اليه ما غصبه فان كان المغصوب قائما رده بعينه اليه وان كان قد فات رد اليه مثله أو قيمته.

(٦) مجلة الأحكام العدلية (م٩).

(٧) في الهداية ١٢/٤: (فان ادعى هلاكها (هلاك العين المغصوبة) حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله).

فقال بعض الفقهاء، كالشافعية[١] والحنابلة[٢] في حالة تعذر الرد بسبب الفقد او السرقة أو نحوهما للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله، فوجب له البدل كما لو تلف، واذا قبض البدل ملكه، لأنه بدل ماله، فملكه كبدل التالف، ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمين كالتالف، فان رجع المغصوب وجب رده على المالك واسترداد القيمة.

بينما ذهب بعض آخر كالحنفية[٣] والمالكية[٤] الى ان التضمين تمليك، فكما يصبح البدل ملكا للمغصوب منه، كذلك يصبح المغصوب ملكا للغاصب مقابل البدل الذي دفعه للمغصوب منه. هذا ما لم يثبت ان ما دفع للمغصوب منه أقل من القيمة الحقيقية للمغصوب. وهذا الاتجاه هو الأقرب الى الصواب، لأن القول الأول المذاهب الى ان المغصوب منه يكون مالكا للبدل، يعارض بأن فيه الجمع بين البدل والمبدل منه بالنسبة للمغصوب منه، فكيف يبقى مالكا للمغصوب ومالكا للبدل في وقت واحد[٥] ويجوز الرد الى المستعير والمستأجر والمودع لديه اذا حصل الغصب والرد في حالة قيام هذه العقود[٦].

ولا يصح الرد الى المغصوب منه اذا كان عديم الأهلية وهو لا يستطيع أن يحافظ عليه بعد الرد كالمجنون والصبيّ غير المميز،[٧] لأن أساس الإلتزام بالرد ازالة خطر الضرر

---

[١] المهذب ١/٣٦٨-٣٦٩.

[٢] المغني لابن قدامة ٥/٢٧٦.

[٣] الاختيار لتعليل المختار ٣/٨٥.

[٤] وفي ميزان الشعراني (سيدي عبد الوهاب) ٢/٧٥: (ومن ذلك قول مالك اذا غصب دابة فهربت أو عينا فسرقت أو ضاعت انه يضمن قيمة ذلك وتصير بالقيمة ملكا للغاصب حتى لو وجد المغصوب لم يكن للمغصوب منه الرجوع فيه ولا للغاصب الرجوع في القيمة الا بتراضيهما).

[٥] في الاختيار لتعليل المختار ٣/٨٥: (فاذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستندا الى وقت الغصب لأنه قابل للنقل من ملك الى ملك وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لئلا يجتمع البدل و المبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه).

[٦] شرح الأزهار ٣/٥٤٨.

[٧] في مجمع الضمانات: ص١٤٠: (غصب من صبي شيئا ثم دفعه اليه، فان كان الصبي من أهل الحفظ بأن كان يعقل الأخذ والإعطاء صح، والا فلا ويكون بمنزلة ما لو رفع السرج عن ظهر دابة الغير ثم أعاده الى ظهر الدابة لا يصح).
وفيه أيضا ص١٤٣: (وفي الأشباه من فن الألغاز أي غاصب لا يبرأ بالرد على المالك فقل اذا كان المالك لا يعقل).

واستبعاده بالنسبة للمغصوب منه، وهذا الأساس لا يتحقق في الحالة المذكورة، بل يجب الرد الى وليه أو وصيه أو غيرهما ممن له الصلة بعديم الأهلية، ويكون مسؤولا عن المحافظة على مال عديم الأهلية.

التزام الغاصب برد زوائد المغصوب:

الزوائد جمع زائد والزيادات جمع زيادة. وآثرت التعبير الاول اسوة بالمدني العراقي المادة (١٩٦) التي نصّت على ان: (زوائد المغصوب مغصوبة مثله فاذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

ولم ياخذ بمذهب ابي حنيفة الذاهب الى ان زوائد المغصوب امانة في يد الغاصب متصلة كانت (كالسمن) او منفصلة (كالثمر)[١] بل اخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة وهو ان زوائد المغصوب مغصوبة مثله، وحسنا فعل.

والزيادة كل ما يطرأ على المغصوب بعد الغصب من نفع[٢] او غلة[٣] او نماء[٤] او ثمر[٥] او ريع[٦] او نتاج[٧] او ارباح[٨] او نحو ذلك.

وفي شرح الأزهار ٣/٥٢٦: (انما يبرأ الغاصب برد المغصوب الى المالك ولا يكفي الرد الى منزله ولا الى غلامه بل الى يده أو يد من أمره الا اذا كان المغصوب منه صبيا أو مجنونا أو في حكمهما).

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣/٩١.

(٢) النفع ضد الضرر واسمه المنفعة.

(٣) الغلة واحدة من الغلات يقال فلان يغل على عياله أي ياتيهم بالغلة واستغل خادمه أي كلفه ان يغل عليه واستغل المستغلات: اخذ غلتها.

(٤) نمى المال أي زاد وكثر.

(٥) الثمر حمل الشجر يقال ثمر الشجر: طلع ثمره والواحدة ثمرة وجمعه ثمار وجمع جمعه اثمار والثمرة ايضا النسل والولد.

(٦) راع الشيء: نمى وزاد.

(٧) النتاج التوالد يقال انتجت الابل: توالدت وانتجت البهيمة الولد: وضعته. استنتج: طلب الانتاج.

(٨) الربح: الريع الذي ياتي من استثمار النقود او غيرها.

ينظر في جميع المواد المذكورة: الصحاح في اللغة والعلوم، مادة غلل.

ولا تبرأ ذمة الغاصب ولا ينقضي التزامه بـرد المغصـوب وحـده بـدون رد زوائـده الـتي حصلت بعد الغصب وقبل الرد، بل يبقى ملتزما بردها مـع اصـلها اذا كانـت باقيـة، ورد بدلها اذا كانت هالكة.

والزوائد اما متصلة كالسمن والكبر،[1] او منفصلة في الحال كالولد، او في المـآل كالثمار على الاشجار، والمنفصلة المتولدة عن الشيء المغصوب، اما ان تكون على نوعه وخلقه كولد الحيوان، او لا تكون على صورته وخلقه كثمرة الاشجار والبان الحيوانات واصوافها.

والتزام الغاصب برد المغصوب اذا كان محل الاتفاق والاجماع فان التزامـه بـرد زوائـده في جميع انواعها محل الخلاف كما يأتي:

أولا: لا خلاف في رد الزيادة المتصلة كالسمن والكبر، لانها جـزء مـن المغصـوب وحكـم الكل يسري على اجزائه، وانما الخلاف فيها في امرين:

أحدهما: اذا زادت قيمة المغصوب بالزيادة المتصلة ثم زالت قبل الرد ونزلت القيمـة، أيضمن الغاصب أم لا، فذهب بعض الفقهاء[2] الى انه ضـامن، لان رده في حالـة الزيادة كان واجبا عليه، ولما تأخر عن اداء هذا الواجب اصبح ضامنا لمـا يترتـب على هذا التأخير من ضرر يلحق بالمغصوب منه، فيجب عليـه تعـويض الـنقص المذكور. بينما ذهب الاخرون[3] الى انـه لا يضـمن ذلـك. ومـنهم مـن ذهـب الى التفصيل[4].

والثاني: اذا انفق الغاصب على الشيء المغصوب حتى اصبح سمينا بعد ان كان هزيلا

---

[1] كأن كان المغصوب هزيلا فصار سمينا بعد الغصب او كان صغيرا فاصبح كبيرا.

[2] وهو راي الظاهرية ورأي كل من قال بان الغاصب ضامن لاقصى قيمـة المغصـوب مـن الغصـب الى التلف كالشافعية والحنابلة والزيدية كما يأتي. وفي المغني ٥/٢٦٠: زوائـد المغصـوب في يـد الغاصب مضمونة ضمان الغصب كالسمن.

[3] وهو قول من ذهب الى ان الغاصب لا يضمن اقصى القيم وهم اختلفوا في وقت تقدير القيمـة هـل هو وقت الغصب او وقت التلف، كما يأتي بيانـه في تقـدير قيمـة المغصـوب اذا تلـف ولم يكـن مثله في ايدي الناس والاسواق.

[4] كالحنفية في مجمع الضمانات: ص١٣٠، والاختيار ٣/٩١: اذا غصب حيوانا قيمتـه الـف دينـار، فزاد عنده زيادة متصلة كالسمن فصارت قيمتها الفين فباعها، يخير المغصـوب منـه ان شـاء ضمن الغاصب قيمتها وهي مائة الف، او المشتري قيمتها يوم القبض وهي مئتا الـف، ولـه ان يضمن الغاصب البائع قيمتها الفين عند الصاحبين خلافا لابي حنيفة.

او صار كبيرا بعد صغره: فقال الجمهور لا شيء له لانه متعد[1] وقال البعض يجب له التعويض، وذهب البعض[2] الى ان الانفاق على المغصوب في حالات الضرورة يوجب التعويض عن هذه النفقات بخلاف الانفاق غير الضروري.

ثانيا: الزيادة المنفصلة المتولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته كولد الحيوان المغصوب الذي ولد بعد الغصب وقبل الرد، لا خلاف في ان على الغاصب ان يردها مع اصلها، وانما الخلاف في حالة هلاك الاصل وبقاء الفرع: فمنهم من قال يخير المغصوب منه بين اخذ الفرع وقيمة الاصل[3]، ومنهم من ذهب الى ان على الغاصب ان يرد الفرع مع قيمة اصله الهالك[4].

ولم يخالف في ضمان هذا النوع من الزيادة اذا تلفت بدون تعد من الغاصب، الا الحنفية فقالوا لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب الا بالتعدي او الامتناع عن ردها بعد طلبها من المغصوب منه[5].

ثالثا: الزيادة المنفصلة المتولدة على غير صورة المغصوب وخلقته كثمار الاشجار، فلا خلاف في انه يلزمه ردها مع الشيء المغصوب ان كانت قائمة، اما في حالة تلفها

---

(1) في الروضة البهية ٢/٢٣٤: لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب فلا شيء عليه لعدم النقصان ولا له لان الزيادة حصلت في مال غيره الا ان تكون الزيادة عنها من مال الغاصب كالصبغ.
وفي شرح الازهار ٣/٥٣٤: لا يرجع الغاصب على المغصوب منه بما انفقه على المغصوب واذا انفق الغاصب على المغصوب فالهزيل اصبح سمينا والصغير كبيرا ليس له حق المطالبة بما انفقه.

(2) وهو رأي المالكية في الشرح الكبير ٦/١٣٦: (للغاصب ما انفقه على المغصوب اذا كان بحاجة اليها "كالنفقات الضرورية" فتكون نفقته في عين الغلة لانه ان ظلم لا يظلم)، وهذا يعني ان للغاصب خصم ما انفقه من الغلة التي انتفع بها.

(3) في بداية المجتهد ٢/٢٦٩: (فاما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف اعلمه ان الغاصب يرده مع الام المغصوبة).

(4) وهو قول الشافعية ورجحه ابن رشد في بداية المجتهد ٢/٢٦٩ قال وهو القياس.

(5) في الاختيار لتعليل المختار ٣/٩١: (زوائد الغصب امانة في يد الغاصب متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن، لان الغصب لم يرد عليها، لانه ازالة يد المالك باثبات يده ولم يوجد ذلك فلا يضمن ويضمنها بالتعدي بان اتلفه او اكله او ذبحه او باعه و سلمه او بالمنع بعد الطلب لان الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مر).

فعلى الغاصب قيمتها او مثلها عند جمهور الفقهاء[١].

وذهب بعض الفقهاء الى عدم ضمانها بناء على قاعدة "الخراج بالضمان"، فما دام الغاصب ضامنا للمغصوب، فاذا هلك هلك عليه، فله زوائده مقابل هذا الضمان، سواء كانت متولدة ام غير متولدة. وفرّق البعض بين القائم والهالك، فيضمن ما هو باق ولا يضمن ما تلف منها[٢].

رابعا: الزوائد غير المتولدة كالخراجات وبدل الايجارات والمنافع والارباح ونحوها فيها خمسة اقوال للفقهاء:

١. لا يلزمه ردها مطلقا بناء على قاعدة: (الخراج بالضمان)[٣]، فما دام الغاصب ضامنا لهلاك المغصوب يكون خراجه له من جميع الزوائد.

٢. يلزمه ردها مطلقا لأن زوائد المغصوب مغصوبة[٤]، فاذا كانت باقية يجب ردها، وان كانت تالفة يجب رد بدلها من مثل في المثليات وقيمة في القيميات ومن أجرة المثل في المنافع[٥].

٣. يلزمه رده ان استغلها ولا يلزمه ان انتفع بها او عطلها.

---

[١] في المغني ٢/٢٦٠: (زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها وثمرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه سواء تلف مع اصله او لا وبه قال الشافعي)

[٢] في المحلى ٨/١٣٦: (اختلف الناس في هذا فقال بعض المتاخرين كل ذلك للغاصب وقال اخرون ما تولد من لبن او صوف او اجارة فهو للغاصب واما الولد فللمستحق وفرق اخرون بين ما وجد من ذلك وبين ما هلك منه فلم يضمن ما هلك ثم قال ابن حزم وهذه الاراء كلها فاسدة وحجة جميعهم انما هي الحديث الذي لا يصح الذي انفرد به مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي (ان الخراج بالضمان) ثم لو صح لما كان لهم فيه من حجة لانه انما جاء فيمن اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فكان خراجه له). راجع هذا المرجع لمزيد من التفصيل.

[٣] بداية المجتهد ٢/٢٦٩.

[٤] قال ابن حزم في الرد على الحنفية الذاهبين الى العمل بهذه القاعدة في كتابه المحلى ٨/١٤٠: (ومن عجائب الدنيا قول الحنفية بان الكراء والغلة للغاصب).

[٥] في شرح الازهار ٣/٣٥٣: يلزم الغاصب اجرة المثل للعين المغصوبة وان لم ينتفع بها. وفي المهذب ١/٣٦٧ والمغني ٥/٢٧٠ والروضة البهية ٢/٢٣٤: (الغاصب يضمن الغلة التي جناها والتي لم يجنها سواء كان المغصوب عقارا او منقولا).

٤. يلزمه الرد ان استغلها او انتفع بها ولا يلزمه ان عطلها[١].

٥. ذهب بعض الفقهاء الى التفرقة بين الحيوان وغيره من الاصول، فقال عليه ان يرد قيمة منافع الاصول من المنقولات والعقارات، لأنها مأمونة ولا يتحقق الضمان فيها، وبالتالي لا تطبق قاعدة: (الخراج بالضمان) دون الحيوان وشبهه مما يتحقق فيه الضمان فلا يرد قيمة منافعها

حكم الزوائد الناشئة بتدخل الغاصب:

لم تتفق كلمة الفقهاء ايضا في زوائد المغصوب الناشئة بافعال الغاصب كالبناء على الارض المغصوبة والغرس او الزرع فيها وارباح استثمار المغصوب والتغيير والمزج.

وفيما يأتي بيان أحكام هذه الحالات بإيجاز:

اولا- البناء :

من غصب ارضا فبنى فيها فالمغصوب منه بالخيار بين هدم البنيان وازالته وترك انقاضه (مواده الاولية التي استعملت في البناء) للغاصب وبين تركه على ان يعطي الغاصب قيمة انقاض البنيان وتقوّم منقوضة بعد طرح اجرة القلع، ولا يعطى له قيمة الكماليات في البناء كالتجصيص والتزويق ونحوهما[٢].

ومن غصب سارية[٣] او خشبة او حجارا او نحوها فبنى بها او ادخلها في شيء اخر، فلمالكها (المغصوب منه) اخذها وان أدى ذلك الى هدم أو زوال ما أدخل فيه وهذا هو رأي

---

[١] في بداية المجتهد ٢/٢٦٩: (واما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة اقوال: احدها: انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل. والثاني: انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضا. والثالث: انه يلزمه الرد ان اكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع او عطل. والرابع: يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل. والخامس: الفرق بين الحيوان والاصول فيرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان).

[٢] قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزيّ ص٣٤٧. وفي المغني ٥/٢٤٤: (الحكم فيما بني على الارض المغصوبة كالحكم فيما اذا غرس فيه، لكن اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقض غرض صحيح لان النقض سفه).

[٣] كتلة اسطوانية من الخشب.

جمهور الفقهاء.

وقال ابو حنيفة ملكها الغاصب بقيمتها لأن أخذها يضر بالغاصب[١]، وذهب بعضهم الى التفصيل[٢].

ثانيا- الغرس:

من غصب ارضا فغرس فيها اشجارا اختلف الفقهاء في مصير هذا الغرس كالاتي:

ذهب البعض الى ان الغاصب يؤمر بقلعها ورد الارض الى صاحبها لقول الرسول ﷺ: ((ليس لعرق ظالم حق)) ولان ملكية صاحب الارض باقية ويؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه[٣].

وقال بعضهم: لا يؤمر بقلعها وللمغصوب منه ان يعطيه قيمتها بعد طرح اجرة القلع كالبنيان[٤].

---

[١] في مجمع الضمانات ص١٣٥: (غصب ساجة فادخلها في بنائه او جعلها بابا ملكها بالقيمة وينقطع حق المالك عنها).

[٢] كالشافعية في المهذب (٣٧٢/١): (غصب ساجا فادخله في البناء او خيطا فخاط به شيئا نظرت فان عفن الساج وبلى الخيط لم يؤخذ برده، لانه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت قيمته. وان كان باقيا على جهته (حالته) نظرت فان كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزعه ورده، لانه مغصوب يمكن رده، فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به. وان غصب خيطا فخاط به جرح حيوان، فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده، لانه لا حرمة له، وان كان محرم الدم، فان كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك، لم ينزع لان حرمة الحيوان اكبر من حرمة المال، وان كان مما يؤكل ففيه قولان، احدهما يجب رده).

[٣] هذا هو رأي جمهور الفقهاء منهم الحنفية: الهداية ١٧/٤، والشافعية: المهذب ٣٧١/١، والزيدية: شرح الازهار٥٣٥/٣، والحنابلة: المغني ٢٤٢/٥، وفيه: (اذا غرس في ارض غيره بغير اذنه او بنى فيها فطلب صاحب الارض قطع غراسه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافا لما روى سعيد بن زيد بن عمر بن نفيل ان النبيﷺ قال: ((ليس لعرق ظالم حق))رواه ابوداود والترمذي وقال حديث حسن)

[٤] وهذا هو رأي المالكية في قوانين الاحكام الشرعية لابن جزيّ: ص٣٤٧: (من غصب ارضا فغرس فيها اشجارا لا يؤمر بقلعها وللمغصوب منه ان يعطيه قيمتها بعد طرح اجرة القلع كالبنيان).

ثالثا- الزرع:

لم يهتم فقهاء الشريعة ببيان احكام الزرع في الارض المغصوبة كاهتمامهم ببيان احكام البناء والغرس في الارض المغصوبة لسببين:

احدهما: الزرع عمل موسمي (فصلي) لا يستغرق وقتا طويلا في اشغال الارض المغصوبة، وبالتالي لا يكون ضرره بحجم ضرر البناء والغرس اللذين يستغرقان وقتا طويلا.

والثاني: قلة حوادث الزرع في الارض المغصوبة في عصور السلف الصالح وائمة المذاهب الفقهية، لان أكثر الاراضي الزراعية كانت من الموات ليس لها مالك عام او خاص غالبا، بل كانت من الموات، فكان لكل انسان في منطقته ان يقوم باحياء بعض من هذه الاراضي عن طريق الزرع وغيره، وبالتالي يكتسب ملكيتها عن هذه الطريقة كما قال الرسول ﷺ: ((من احيا ارضا ميتة فهو احق بها))[1].

ورغم ذلك تناول بعض الفقهاء حكم الزرع في الارض المغصوبة وقالوا بآراء مختلفة ارجحها ترك الزرع بيد الغاصب مقابل اجرة مثل يدفعها للمغصوب منه الى نهاية الموسم الزراعي أو يأخذ صاحب الارض الزرع ويدفع للغاصب نفقاته وذلك لرعاية مصلحة الطرفين واستبعاد الحاق الضرر الجسيم باحدهما[2].

رابعا- استثمار المغصوب في التعامل المالي:

غصب نقودا مثلا واستثمرها وحصل على ارباح فما هو حكم هذه الارباح؟ فرق الفقهاء بين شراء بضاعة مقابل دين في الذمة ثم تسديد هذا الدين من النقود المغصوبة وبين الشراء بالنقود مباشرة والراجح في الحالة الاولى ان الربح اذا وجد يكون للغاصب، لانه لم يشتر البضاعة بالمغصوب وانما وفى دينه به[3].

---

(1) صحيح البخاري: ٨٢٣/٢.

(2) لمزيد من التفصيل في معرفة احكام الزرع في الارض المغصوبة ينظر في الفقه الحنبلي: المغني لابن قدامة ٢٥٣/٥ وما يليها، وفي الفقه المالكي: قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزيّ: ص٣٤٧، وفي الفقه المقارن: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٧/٢ وميزان الشعراني ٧٨/٢.

(3) في الفقه الشافعي ٣٧٠/١: (وان غصب دراهم واشترى سلعة في الذمة ونقد الدراهم في ثمنها وربح ففي الربح قولان قال (أي الشافعي) في القديم (مذهبه القديم) هو للمغصوب منه لانه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب اذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في الجديد (مذهبه الجديد): هو للغاصب لانه بذل ماله فكان له).

وفي الحالة الثانية يرى بعضهم ان الربح ايضا يكون للغاصب، بينما ذهب الاخرون الى انه للمغصوب منه، وتبنى فقهاء المالكية الاتجاه الاول اذا قصد غصب الاصل دون الغلة (الربح)[1].

خامسا- تغيير الشيء المغصوب بفعل الغاصب:

التغير هو تبدل الشيء من حالة الى حالة اخرى كما أو كيفا او كما وكيفا معا. وتغير المغصوب اما ان يكون بفعل الغاصب مباشرة او تسببا، او بفعل شخص ثالث غير الغاصب والمغصوب منه، أو بطبيعته ككون المادة معرضة للتغير بعد بقائها مدة، او بقوة قاهرة.

والتغير قد يؤدى الى زيادة قيمة الشيء المتغير، كتحويل الخشب الى منضدة او باب مثلا، وقد يؤدى الى نقص قيمته كتغير المغصوب باستعماله، وفي جميع الاحوال اما ان يحتفظ المتغير باسمه الاصلي، كتغير لون المغصوب بلون اخر، او يفقد اسمه ويحل محله اسم اخر، كتغير الحنطة الى الدقيق، ثم انه قد يكون جسيما وقد يكون قليلا.

والذي يهمنا في هذا البحث التغير الذي يكون بفعل الغاصب، وحكم المتغير بالنسبة لمسؤوليته عما يترتب على هذا التغير، وحكم التغير من الغاصب يختلف باختلاف حالاته المذكورة وتطبيقاته كثيرة، نقتصر على بعض صورها المهمة من الناحية العملية في الآتي:

أ. إذا غصب فضة او ذهبا وضربها دراهم او دنانير او آنية، لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب عند جمهور الفقهاء، وقال صاحبا ابي حنيفة (ابو يوسف ومحمد) يملكها الغاصب وعليه مثلها[2].

ب. لو غصب شيئا وغيره، وكان هذا التغير يسيرا ضمن النقصان، وان كان فاحشا يعد بمثابة المستهلك وللمغصوب منه قيمته[3].

ج. ما يعمله بنفسه على تغير المغصوب او ينفقه عليه لا تعويض.

---

[1] في بداية المجتهد ٢٦٩/١: (اما ما اغتل منها (أي من العين المغصوبة) بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير، فيغتصبها فيتاجر بها فيربح فالغلة، له قولا واحدا في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب (المغصوب منه)).

[2] مجمع الضمانات: ص١٣٦.

[3] في مجمع الضمانات ص١٣٢: (غصب عصا فكسرها او ثوبا فخرقه ضمن النقصان لو كان الكسر فاحشا بان صارت حطبا او وتدا لا ينتفع به منفعة العصا او كان الخرق فاحشا كان له ان يضمنه قيمته والخرق الفاحش عند البعض ما ينقص أكثر من نصف القيمة).

د. لو غصب شيئا فغيره بحيث زال اسمه، زال ملك المغصوب منه عنه تلقائيا، وملكه الغاصب، وضمنه بدفع بدله عند الحنفية[١].

ويبدو ان سندهم هو ان تغير الاسم بمثابة تغير الماهية الذي حكمه حكم الهلاك وهو وجوب البدل وخالفهم جمهور الفقهاء في ذلك[٢].

وردّ عليهم ابن حزم الظاهري قائلا: (ما في المجاهرة بكيد الدين اكثر من هذا ولا في تعليم مظلمة اكل اموال الناس بالباطل اكثر من هذا، فيقال لكل فاسق اذا اردت قمح يتيم او جارك واكل غنمه واستحلال ثيابه وقد امتنع ان يبيعك شيئا من ذلك، فاغصبها واقطعها ثيابا على رغمه واذبح غنمه واغصب حنطته واطحنها وكل ذلك حلالا طيبا وليس عليك الا قيمة ما اخذت، وهذا خلاف القرآن في نهيه ان تؤكل اموال الناس بالباطل وخلاف رسول الله في قوله: ((ان دماءكم واموالكم عليكم حرام)) و((من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد))، وما يشك احد من اهل الاسلام في ان كل ثوب قطع من شقة فانه لصاحب الشقة وكل دقيق طحن من حنطة انسان فهو لصاحب الحنطة وكل لحم شوي فهو لصاحب اللحم الى اخره)[٣].

وجدير بالذكر ان فقهاء الشريعة فرقوا بين تغيير المغصوب عينه وتغييره بالاضافة كتغيير لون الشيء المغصوب بلون اخر، وقد اختلفوا ايضا في حكم هذه الحالة:

---

[١] في الهداية ٤/١٥: (اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطبخها او حديدا فاتخذه سيفا او نحاسا فعمله انية وهذا كله عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهذا رواية عن ابي يوسف). قارن مجمع الضمانات: ص١٣٨.

[٢] في المغني ٥/٢٦٣: (اذا غصب حنطة فطحنها او شاة فذبحها وشواها او حديدا فعمله سكاكين واواني او خشبة فنجرها بابا او ثوبا فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وارش نقصه ان نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال ابو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها).
وفي شرح الازهار ٣/٥٣٢: (اذا غيرها الى غرض يتعلق بها في الغالب وليس باستهلاك كذبح ما يصلح للاكل وسلخه وتقطيع الثوب قميصا خير المالك بينها وبين القيمة ولا ارش وقال م بالله ليس له الا اخذ العين وارش نقصانها).

[٣] المحلى ٨/١٤٢. ومن يرد مزيدا من التفصيل فليراجع هذا المرجع.

فقال بعض آخر يصبح الغاصب شريكا للمغصوب منه ان ابى المغصوب منـه ان يـدفع قيمة الصبغ وابى الغاصب ان يدفع قيمة المغصوب، لكن هذا الشرط لم يأخذ بـه مـن قـال بالشركة[1]، وذهب البعض الى ان على الغاصب قيمة يوم الغصب[2].

ويرى بعض الفقهاء ان الغاصب لا يستحق شيئا، لانه تصرف في مال غـيره بـدون اذنـه، وقياسا على الانفاق في الكماليات[3].

والراجح هو القول بالشركة لان اصول الشرع تقضي ان لا يستحل مال الغاصب من اجل غصبه.

سادسا– التغير بالمزج:

والمزج هو الخلط بين شيئين فأكثر، وهما إما أن يكونـا مـن نـوع واحـد[4] أو يختلفـا في النوع، وفي كلتا الحالتين إما إن يمكن فصل أحـدهما عـن الآخـر أو لا يمكـن، فـإذا أمكـن التمييز والفصل يجب الفصل ثم الرد، وإذا لم يمكن ذلك، حكم كل حالة كالآتي:

(أ) إذا خلطه بنوعه ولم يمكن الفصل بينهما فالحالات ثلاث: اما ان يكونا متسـاويين في القيمة، او يكون احدهما أجود من الآخر وأعلى قيمة، أو يكون دونه.

١- إن خلطه بمثله في القيمة، كأن خلـط صـاعا مـن زيـت بصـاع مـن زيـت وهمـا متساويان في القيمة، فللغاصب ان يدفع له صاعا منه، لانه تعذر بـالاختلاط رد عين ماله، فجاز ان يدفع اليه بعضاً من ماله وبعضاً من مثله.

---

[1] في المهذب ٣٧٢/١: (اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده نظرت، فـان لم تـزد قيمـة الثـوب والصبغ ولم تنقص، بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، فصـارت قيمـة الثـوب مغصوبا عشرين، صار شريكا لصاحب الثوب بالصبغ، لأن الصبغ عين مال له قيمة، فان بيـع الثوب كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهـا بـأن صـارت قيمـة الثـوب ثلاثـين حـدثت الزيادة في ملكه، لانه بفعله زاد ماله ومال غيره، وما زاد في ماله يملكه، لانه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله، فان بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين الى اخره). فلينظر هذا المرجع لمزيد من التفصيل.

[2] في بداية المجتهد ٢٦٨/٢: (وقد روي عن ابن عباس ان الصبغ تفويت يلـزم الغاصـب فيـه قيمـة يوم الغصب).

[3] ينظر: المغني ٢٦١/٥ وما يليها.

[4] والفقهاء يستعملون الجنس بدلا من النوع ومصطلح النـوع هـو الصـحيح منطقيـا وعلـى سـبيل المثل يعتبرون الشعير والحنطة جنسين بينما هما نوعان من جنس الحبوب.

وان أراد الغاصب ان يدفع له مثله من غيره، وطلب المغصوب منه مثله منه، ففيه قولان:

أحدهما- وهو الراجح ان الخيار للغاصب، لأنه لا يقدر على رد عين ماله فجاز، ان يدفع له مثله من غيره كما لو هلك.

والثاني- يلزمه ان يدفع له صاعا منه، لأنه يقدر أن يدفع له بعض ماله، فلا ينتقل الى البدل في الجميع، كما لو غصب كمية من المال فتلف بعض منه فيرد البعض الباقي ويدفع بدل التالف.

٢- وإن خلطه باجود منه، فان بذل الغاصب صاعا منه من الصاعين الخليطين، فعلى المغصوب منه قبوله، لأنه وضع له ماله وبعض مثله خيرا منه، وان بذل الغاصب مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا من الخليط، ففيه قولان:

أحدهما- وهو الراجح ان الخيار للغاصب لانه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فيقبل منه المثل.

والثاني- ان يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما.

٣- وإن خلطه بما دونه فان طلب المغصوب منه الرد منه وامتنع الغاصب اجبر على الدفع، لانه رضى بأخذ حقه ناقصا.

وان طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب، اجبر على دفع مثله، لان المخلوط دون حقه فلا يلزمه اخذه.

وذهب بعض الفقهاء الى انه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما.

(ب) وإن خلطه بغير نوعه ولم يمكن الفصل بينهما بان غصب طنا من الحنطة وخلطها بشعير من ماله او مال غيره، فيصير بذلك مستهلكا له وتلزمه قيمته ان كان المغصوب من ذوات القيم أو مثله إن كان من ذوات الامثال[1].

ويرى بعض[2] انه اذا لم يمكن فصل احدهما من الاخر في صور الاختلاف في النوع، يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما.

وهذا الرأى هو الراجح في نظر الباحث، لانه ايسر في حسم الخلاف وابراء الذمة واقرب الى العدالة.

---

[1] ينظر: المجموع شرح المهذب ٣٠٥/١٣. شرح الازهار ٥٣٩/٣. الروضة البهية ٢٣٥/٢.

[2] وهم الشافعية. المجموع، المرجع السابق.

الالتزام برد البدل :

يلتزم الغاصب بسبب عمله غير المشروع برد المغصوب اذا كان باقيا ورد زوائده الباقيـة، وفي حالة تعذر ذلك يصار الى البدل من مثل التالف اذا كان مثليـا ومـن قيمتـه اذا كـان قيمياً، او كان مثليا وفقد المثل في الاسواق وايدي الناس، وقد اجمع فقهاء الشريعة علـى ان من غصب شيئا له مثل، كالمكيل والموزون فهلك في يده، فعليه مثله، لأن الواجب هو المثل، قال تعالى ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، فكان ادفع للضرر، فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته[1].

شروط رد المثل:

يشترط لرد المثل وبراءة ذمة الغاصب به توافر الشروط الخمسة الآتية:

١. ان يكون له قيمة في محل المطالبة فلو فقدت قيمته فيه كأن اتلـف مـاء بمفـازة ثـم اجتمع بمحل لا قيمة للماء فيه اصلا لزمه قيمته بمحل الاتلاف.
٢. ان لا يكون لنقله من محل المطالبة الى محل الغصب مؤنة، فان كان نقله يتطلب ذلك فعليه قيمته بمحل التلف.
٣. الاّ يتفقا على القيمة والا فيعمل بما يتم الاتفاق عليه.
٤. ان لا يصير المثلي متقوما كجعل الدقيق خبزا او مثليا اخر كجعل التمر المغصـوب عصيرا، والا فان كان الذي صار اليه المثلي اكثر قيمة، فيضـمن بقيمـة في الحالـة الاولى، ويتخير المالك (المغصوب منه) بمطالبته باي من المثلين في الحالة الثانية، وان لم يكن كذلك ضمن المثل فيهما مطلقاً سواء ساوت قيمته الاخر او زادت عليه.
٥. وجود المثل في ايدي الناس او الاسواق، فان فقد عدل عنه الى القيمة[2].

وقت تقدير قيمة المثل:

سبق ان بيّنا ان مثل الشيء ما يساريه صورة ومعنى، فاذا تخلف أحد العنصـرين في أي شيء، يفقد صفة المثلية ويعد قيميا، كما في حالات ارتفاع أسعار العملة المتداولة بين الناس

---

[1] الهداية ٤/١١-١٢. بداية المجتهد ٢/٢٦٦. تحفة المحتاج ٦/١٦. المهذب ١/٣٦٨. الروضة البهية ٢/٢٣٢. المغني ٥/٢٨٠.

[2] اعانة الطالبين على فتح المعين ٣/١٣٨.

وانخفاضها، وعلى سبيل المثل تنص المادة ٤٠٤ من قانون العقوبات العراقي على انه: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من جهر بأغان او اقوال فاحشة او مخلة بالحياء بنفسه او بواسطة جهاز آلي وكان ذلك في محل عام). فليس من المعقول ان يحكم القاضي اليوم بنفس المبلغ وكذلك في بقية المواد التي حددت فيها عقوبة الغرامة بمبلغ معين من الدينار العراقي، بل يجب تقدير قيمة الدينار بالذهب وقت تشريع هذا القانون.

وقد اختلف في وقت تقدير قيمة المغصوب الفقهاء كالاتي:

١. فقال ابو حنيفة[١]: يقدر بقيمة يوم الحكم، لان النقل من المثلي الى القيمي لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر الى أن يوجد المثل لكان له ذلك. وانما ينتقل بقضاء القاضي.
٢. وقال ابو يوسف صاحب أبي حنيفة: يقدر بقيمة يوم الغصب لانه لما انقطع التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمة يوم انعقاد السبب (الغصب) لأنه هو الموجب[٢]، وهذا هو قول المالكية[٣].
٣. وقال محمد وزفر صاحبا ابي حنيفة: يقدر بقيمة يوم الانقطاع لان الواجب المثل في الذمة، وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمة يوم الانقطاع[٤].
٤. وقال الامامية[٥] والظاهرية[٦] وبعض الزيدية[٧] بان الواجب هو اقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.
٥. ويتفق رأي جمهور الزيدية مع رأي ابي حنيفة[٨].

---

[١] الهداية ١٢/٤.
[٢] الهداية، المرجع السابق.
[٣] بداية المجتهد ٣٦٦/٢. الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٣٥/٦. قوانين الاحكام الشرعية لابن الجزي: ص٣٤٦.
[٤] الهداية، المرجع السابق.
[٥] في الروضة البهية ٢٣٢/٢ : (فالقيمة العليا من حين الغصب الى حين التلف لان كل حالة من حالاته في ذلك الوقت مضمونة).
[٦] المحلى ٢٣٩/٨.
[٧] شرح الازهار ٥٤٧/٣.
[٨] المرجع السابق.

٦. وللشافعية اربعة اقوال:

احدها: يتفق مع رأي ابي حنيفة.

والثاني: تعتبر قيمته اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين تعذر المثل كما تعتبر قيمة المغصوب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف.

والثالث: اكثر ما كانت (أي القيمة) من حين الغصب الى وقت الحكم، لان الواجب في الذمة هو المثل الى وقت الحكم، كما ان الواجب في المغصوب رد العين الى وقت التلف ثم يغرم قيمة المغصوب اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف، فيجب ان يعتبر في المثل اكثر ما كانت قيمته الى وقت الحكم.

والرابع: ذهب الى انه ان كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت وجبت قيمته وقت الانقطاع، لانه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة، وان كان مما لا ينقطع عن ايدي الناس وانما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم، لانه لا ينتقل الى القيمة الا بالحكم[1].

وإن وجد المثل باكثر من ثمن المثل فهناك اتجاهان:

أحدهما: لا يلزمه المثل لان وجود الشيء باكثر من ثمن المثل كعدمه.

والثاني: يلزمه لان المثل كالعين ولو احتاج في رد العين الى اضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل[2].

وثمرة الاختلاف في وقت تقدير القيمة ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث في ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا لان التضمين تمليك.

والراجح هو ما قال به ابو حنيفة ومن وافقه، من ان العبرة بقيمة يوم حكم القاضي، لأن حلول القيمة محل المثل لا يكون تلقائيا وانما يجب ان يكون بحكم القاضي، ولان للمغصوب منه حق الانتظار الى حصول المثل في ايدي الناس والاسواق.

---

(1) المهذب ٢/٣٦٨.

(2) المرجع السابق.

اختلاف الغاصب والمغصوب منه :

موضوع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه فيما يتعلق بالغصب، تناوله فقهاء الشريعة في المذاهب الفقهية كافة تناولا استغرق مساحات واسعة[١].

وفي رأينا المتواضع لا داعي لذلك لان مرد حسم هذا الخلاف وغيره الى الاسس الفقهية الاتية:

أ. الْأَصْلُ بَقَاءُ مَا كَانَ عَلَى مَا كَانَ [٢].

ب. الضَّرَرُ يُزَالُ [٣].

ج. الضَّرَرُ لَا يُزَالُ بِمِثْلِه [٤].

د. الْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ [٥].

هـ. الْأَصْلُ فِي الصِّفَاتِ الْعَارِضَةِ الْعَدَمُ [٦].

و. الْأَصْلُ إضَافَةُ الْحَادِثِ إلَى أَقْرَبِ أَوْقَاتِهِ [٧].

ز. قاعدة: القول لصاحب اليد سواء كان ضمنيا كالغاصب او امينا كالوديع[٨].

وفي ضوء هذه الأسس يعطى للقاضي سلطة تقديرية في حسم كل خلاف بين الخصمين بوجه عام وبين الغاصب والمغصوب منه بوجه خاص، لذا قال الفقهاء اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في جنس المغصوب او صفته او قدره، ولم يكن لاحدهما بينة، فالقول قول

---

[١] وعلى سبيل المثل ورد في مجمع الضمانات للبغدادي (ص١٣٩–١٤٠) فصل خاص لبيان هذا الموضوع وتطبيقاته منها: (غصب دابة فهلكت وأقام صاحبها بينة انها هلكت عند الغاصب من ركوبه واقام الغاصب بينة انه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها اولى ويقضى على الغاصب بالقيمة).
وأرى ان وجه الاولوية هو أن الاصل هو ان كلا من الرد وبراءة ذمة الغاصب من الصفات العارضة بعد الغصب والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه.

[٢] مجلة الاحكام العدلية (م٥).

[٣] مجلة الاحكام العدلية (م٢٠).

[٤] مجلة الاحكام العدلية (م٢٥).

[٥] مجلة الاحكام العدلية (م٨).

[٦] مجلة الاحكام العدلية (م٩).

[٧] مجلة الاحكام العدلية (م١١).

[٨] درر الحكام ٢/٤٨٥. الاستاذ الذنون، المبسوط ٢/٢٦٦.

الغاصب مع يمينه[1].

ووجه ذلك هو ان الغاصب مع الاصل والمغصوب منه مع خلافه، فعلى الثاني البينة بينما في الاول يكتفى بيمينه.

غاصب الغاصب:

تسري احكام الغاصب على غاصب الغاصب، فالأيدي المتعاقبة على المغصوب أيدي ضمان، سواء علموا جميعا بالغصب او جهلوا، لتحقق ماهية الغصب بالتصرف في مال الغير بدون اذنه، فيدخل في عموم قول الرسول ﷺ : ((على اليد ما اخذت حتى تؤديه))، غير ان من يجهل الغصب لا يُسأل جنائيا وانما يُسأل مدنيا فقط.

ويتخير المالك (المغصوب منه) في تضمين من شاء منهم العين المغصوبة وغلتها او تضمين الجميع ويرجع الجاهل منهم بالغصب اذا رجع عليه على من غرّه ولم يعلمه بالحال[2].

دعوى الغصب :

اذا اثبت المدعي (المغصوب منه) على المدعى عليه (الغاصب) باقرار او بينة بعد الاعذار اليه، حكم عليه بما ذكرنا من احكام الغصب. وان لم يستطع اثبات ما يدعي على القاضي الالتزام بالاتي:

أ. اذا كان المدعى عليه معروفا بالصلاح والنزاهة، فلا يمين عليه ويؤدب المدعى تأديبا تعزيريا، حتى لا يتطاول بلسانه على الاخرين من الابرياء.

ب. اذا كان المدعى عليه مستور الحال[3] ومن اوسط الناس، فلا يمين عليه ولا يؤدب المدعي.

ت. اذا كان المدعى عليه ممن يتهم بذلك فعليه اليمين، فان نكل حلف المدعي ويستحق ما يدعيه

ث. اذا كان المدعى عليه معروفا بالغصب فيرى بعض الفقهاء[1] جواز ضربه وتهديده بالحبس حتى يعترف.

---

[1] قوانين ا لاحكام الشرعية وسائل الفروع الفقهية، لابن الجزيّ: ص٣٤٨.

[2] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٢٣١.

[3] لا يعرف صلاحه وطلاحه.

التزامات الغاصب في حالة حدوث النقص :

لا يكفي تنفيذ الالتزام برد المغصوب في حالة بقائه وحصول نقص[٢] او عيب فيه بعد النقص وقبل الرد، بل يجب على الغاصب اضافة الى ذلك دفع الارش او تعويض هذا النقص.

غير ان رد المغصوب اذا كان واجبا متفقا عليه فان ارش النقص محل الخلاف كما يأتي:

١. ذهب جمهور الفقهاء منهم الشافعية[٣] والحنابلة[٤] والظاهرية[٥] والامامية[٦] وبعض الحنفية[٧] الى ان النقص مضمون على الغاصب مطلقا سواء حدث بقوة قاهرة، او بذاته، او بفعل الغاصب، او بفعل الغير.

٢. وذهب الاخرون الى التفصيل الاتي:

أ. لا يكون ضامنا للنقص مطلقا سواء كان النقص بقوة قاهرة او بفعل الغاصب[٨].

ب. اذا كان النقص بقوة قاهرة لا يد للغاصب فيه لا يكون ضامنا للنقص بخلاف ما اذا كان النقص بفعل الغاصب او فعل الغير[١].

---

[١] وهم المالكية قوانين الاحكام الفقهية، المرجع السابق: ص٢٤٧.

[٢] نقص الشيء: فوات جزء منه او وصف من اوصافه والعيب: ما يقلل من قيمة المعيب او من نفعه. والارش: هو الفرق بين قيمة الشيء سالما وقيمته معيبا.

[٣] في المجموع شرح المهذب ٢٩٤/١٣: (لو تلفت بعض العين المغصوبة ونقصت قيمة الباقي لزمه قيمة التالف وهو اكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي مع ارش النقص).

[٤] في المغني لابن قدامة ٢٦٤/٥: (لو غير جنسه كأن حول الحنطة الى الدقيق فحصل النقص عليه ارشه).

[٥] في المحلى لابن حزم الظاهري ١٣٥/٨: (من غصب شيئا ففرض عليه ان يرده ومثل ما تلف منه او يرده ومثل ما نقص من صفاته).

[٦] في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢٣٣/٢: (وان عاب المغصوب ولم تذهب عينه ضمن ارشه اجماعا لانه عوض عن اشياء ناقصة او اوصاف وكلاهما مضمون سواء كان النقص من الغاصب او من غيره ولو كان من قبل الله) أي بقوة قاهرة لا دخل للارادة فيه.

[٧] في مجمع الضمانات: ص١٣٣: (واما النقصان بفوات الوصف او الجزء فهو مضمون عليه لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب).

[٨] وهو ما ذهب اليه اشهب من المالكية وفي مواهب الجليل للحطاب ٣٢٨/٧: (قال ابن عرفة: ذهب اشهب إلى انه ان غصب اشياء مختلفة فنقصت في يده فلزمها تضمينه يوم الغصب او اخذها ناقصة ولا شيء له).

ت. اذا كان النقص بفعل الغاصب فالمغصوب منه مخير بين ان يضـمنه القيمـة يـوم الغصب او ياخذه مع عوض النقص[٢].

ب. ومنهم من فرق بين النقص الجسيم وغير الجسيم فقال يضمن قيمته في الحالة الاولى ويضمن النقصان في الحالة الثانية[٣].

ج. واذا كان النقص بفعل الغير (غير الغاصب) فالمغصوب منه مخير بين ان يضمن الغاصب قيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب هذا الغير وبين ان يترك هـذا الغاصـب ويتبع الغير.

النقص بتراجع الاسعار في الاسواق:

ذهب جمهور الفقهاء الى ان الغاصب لا يكون ضامنا لهذا النقص اذا كان الرد في مكان الغصب[٤]. وخالفهم الظاهرية وقالوا يكون ضامنا[٥] لكن يلزم عند من يرى ان البدل هـو اقصى القيمة من يوم الغصب الى يوم التلف ان يكون الغاصب ضامنا للنقص اذ اتلف كليا بعد تراجع السعر في الاسواق[٦].

---

[١] وهو ما تبناه المالكية وفي بداية المجتهد ٢/٢٦٦: (اما النقصان الذي يكون بامر سماوي (قوة قاهرة) فانه ليس له الا ان ياخذه ناقصا او يضمنه قيمة الغصب).

[٢] غير ان بعض الفقهاء من المالكية اختلفوا في تقدير وقت عوض النقص فمنهم من قال العبرة بقيمة يوم حدوث النقص ومنهم من ذهب الى ان العبرة بيوم الغصب.

[٣] وهو راى ابي حنيفة في مجمع الضمانات: (غصب عصا فكسرها او ثوب فخرقه ضمن النقصان. ولو كان الكسر فاحشا بان صارت العصا حطبا او وتدا لا ينتفع به منفعة العصا كان له ان يضمنه قيمته).

[٤] في مجمع الضمانات: ص١٣٢: (النقصان بتراجع السعر غير مضمون على الغاصب اذا كان الرد في مكان الغصب).

وفي المغني ٥/٢٦٠: (ليس على الغاصب ضمان القيمة الحاصل بتغير الاسعار في الثمن).

[٥] في المحلى لابن حزم الظاهري ٨/١٣٩: (الزيادة في الثمن بارتفاع الاسعار في الاسواق مضمونة عليه لانه حين زاد ثمنه كان مفروضا عليه ان يرده اليه وهو يساوي تلك القيمة فاذا لزمه ذلك ثم نقصت قيمته فانه لا يسقط رد ما لزمه رده).

[٦] في الوجيز للغزالي ١/٢١٠: (اذا غصب ما قيمته عشرة فصار الى درهم ورده بعينه لا شيء عليه لان الفائت رغبات الناس لا شيء من المغصوب لكن اذا تلف قبل رده فالواجب عشرة وهو اقصى القيمة).

وارى ان الرأي الصائب هو ما ذهب الى ان الغاصب مسؤول عن كل نقص وعن كل عيب يحدث في المغصوب بعد الغصب وقبل رده الى صاحبه مطلقا سواء كان النقص او العيب حدث بقوة قاهرة او بذاته او بفعل الغاصب او بفعل الغير للاسباب الاتية:

١. النقص تلف جزئي للمغصوب سواء كان في ذاته او في وصف من اوصافه فكما يكون ضامنا لو كان التلف كليا فكذلك ضامن للتلف الجزئي الذي يسمى نقصا او عيبا على اساس ان حكم الكل يسري على جزئه ايضا[١].
٢. يد الغاصب يد ضمان فهو مسؤول عن كل ما يحدث فيه بعد الغصب ويضر بحق المغصوب منه بغض النظر عن مصدره ولو لم يكن متعديا او مقصرا في حدوث ذلك الحدث.
٣. الغاصب سيء النية فيسال عن كل ضرر يصيب المغصوب منه نتيجة عمله غير المشروع سواء كان الضرر جسيما او لا.
٤. القياس على البيع القابل للفسخ لعيب المبيع فالمشتري مخير بين الفسخ وبين اخذ ارش النقص وعدم فسخ البيع رغم ان البائع لم يرتكب عملا غير مشروع.

النقص لكساد العملة :

اذا كان المغصوب نقودا فكسدت بعد الغصب وانخفضت قوتها الشرائية يرى جمهور فقهاء الشريعة والقانون ان المدين لا يلزم الا برد ما اخذه كما وكيفا سواء كان الاخذ بطريقة مشروعة كما في القرض او غير مشروعة كما في الغصب كما سبق.

وقد بينا سابقا ان هذا اجحاف بحق الدائن ومناف للعدالة وعلى سبيل المثل من غصب مائة دينار عراقي من شخص في وقت كان الدينار يساوي مثقالا من الذهب فهل من العدل ان يحكم بان المغصوب منه لا يستحق الا نفس الكمية في وقت يكون سعر مثقال من الذهب اكثر من ثمانين الف دينار ؟ فكساد العملة كما ذكرنا سابقا يحولها من المثلي الى القيمي. فلا يكون الرد بالمثل وانما هو بالقيمة.

---

[١] في الاختيار لتعليل المختار ٨٥/٣ ان نقص ضمن النقصان اعتبارا للجزء بالكل.

نقص قيمة المغصوب بالاستعمال :

المفروض ان لا يوجد الخلاف في ضمان هذا النقص الا عند من يرى تطبيق قاعدة: (الغنم بالغرم)، وتطبيقها في باب الغصب يأباه المنطق القانوني والعدالة وقد نصت المادة (١٩٥) من المدني العراقي على انه: (اذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب[1] فليس للمغصوب منه الا ان يقبله كما هو دون اخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الاخرى ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب او بفعله لزمه الضمان).

المطلب الثاني
أحكام الغصب المدنية في القانون المدني العراقي

مصدر التزامات الغاصب في القانون:

المصدر الحقيقي لجميع الحقوق والالتزامات هو القانون فيما يخضع له والشريعة في القضايا الخاضعة لها.

ولكن القوانين الحديثة في البلاد العربية اتبعت مسلكا تقليديا فجعلت مصادر الالتزام خمسة وهي: العقد، والارادة المنفردة، والفعل الضار (أو العمل غير المشروع)، والإثراء بلا سبب (أو الكسب دون سبب)، والقانون.

وقد بينا في الفصل الأول من هذا البحث ان تسمية ما عدا القانون مصدرا غير دقيقة في المنطق القانوني الا على سبيل المجاز[1] لأسباب كثيرة سبق ذكرها، وفي مقدمتها الالتزام حكم تكليفي مصدره التشريع دون ارادة الفرد، وان اتجاه الفقه والقانون الحديثين استقر على ان أساس القوة الملزمة للعقد هو القانون وليس سلطان الارادة كما كان سائدا في ظل المذهب الفردي[2].

---

[1] أي بتراجع الأسعار.

[1] لأنها في الحقيقة أسباب ثم ان علماء القانون اعتبروا العقد سببا منشئا فكيف تجتمع السببية والمصدرية في شيء واحد وفي وقت واحد مع انهما متباينتان في الماهية والخواص والآثار.

[2] الاستاذ د.اسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: ص٥٠ بند ٢٩ وص٣١١ بند١٥٤.

والعقد أقوى من الارادة المنفردة والفعل الضار والإثراء بلا سبب، فاذا كان الأساس فيه هو القانون يكون الأمر كذلك في غيره من باب أولى. وبناء على هذا الاتجاه التقليدي المذكور يكون مصدر التزام الغاصب هو الغصب نفسه بصفته فعلا ضارا غير مشروع.

كيفية معالجة القانون المدني العراقي لأحكام الغصب:

للقانون المدني العراقي فضل السبق على سائر القوانين العربية الحديثة من حيث تأثره بالفقه الاسلامي العظيم الذي يعد ثروة ثمينة تركها لنا ائمة الفقه (رحمة الله على ارواحهم الطاهرة) لو استثمرت وهذبت من بعض الامثلة والتطبيقات التي لا تنسجم مع التطور الاقتصادي الحديث لأصبح مصدرا خصبا لقوانين بلاد العالم الاسلامي وغير الاسلامي. غير ان القانون المدني العراقي كالأردني واليمني لم يكن موفقا في اعتماده على مجلة الاحكام العدلية في أحكام الغصب لأن هذه المجلة المأخوذة من فقه ابي حنيفة قاصرة في معالجة احكام الغصب، اذا قورنت بالمذاهب الفقهية الاسلامية الاخرى. اضافة الى ذلك لم اجد فقيها قانونيا في العراق يتطرق لشروح هذه المواد والتعليق عليها، باستثناء الاستاذ العالم الجليل الاستاذ الدكتور حسن الذنون (اطال الله عمره)[1].

لذا أحاول ان أتطرق بإيجاز لبعض النواقص الموجودة في هذا القانون بالنسبة لمعالجته لاحكام الغصب في المواد (١٩٢-٢٠١):

١ – **المادة (١٩٢)**: (يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا وان صادف صاحب المال الغاصب في مكان اخر وكان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب وهذا دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الاخرى) وهذه المادة هي نفس المادة (٨٩٠) من مجلة الاحكام العدلية باستثناء القيد الوارد في نهايتها.

الأحكام البارزة في هذه المادة :

١. التزام الغاصب برد المغصوب عينه الى صاحبه او من ينوب عنه اذا كان باقيا.
٢. الرد يكون في مكان الغصب ويكون في غيره برضاء المغصوب منه.
٣. نفقة الرد على الغاصب.

[1] في كتابه المبسوط في المسؤولية المدنية ٢/٢٥٧-٢٦٦ في تسعة مطالب.

٤. اذا ترتب على الغصب ضرر يجب على الغاصـب تعويضـه اضـافة الى التزامـه بالرد.

نواقص هذا النص:

١. لم يتطرق لشرط كون المستلم للمغصوب اهلا للتمييز والمحافظة على المغصوب وهذا الشرط منصوص عليه في جميع المراجع الفقهيـة[1]، ونصّـت عليـه المـادة (٨٩٦) من مجلة الاحكام العدلية[2]، لكن لا يشترط علم المغصوب منه بان مـا يستلمه هو المغصوب.
٢. اتبع اسلوب الحنفية في تعويض الاضرار دون النص الصريح علـى ارش الـنقص وهو الفرق بين قيمة كون الشيء سليما وقيمته معيبا الذي اقره جمهـور فقهـاء الشريعة.
٣. نقل نصّ مادة المجلة دون تبديل كلمة واحدة منها.

٢- المادة (١٩٣): (يضمن الغاصب اذا استهلك المال المغصوب او اتلفه او ضـاع منـه او تلف كله او بعضه بتعديه او بدون تعديه). وقد اشارت الى ان يد الغاصب يد ضـمان فهو ضامن لمصيرها تحت يده مطلقا.

وهذه المادة جزء من المادة (٨٩١) من المجلة نقلت حرفيا وترك الجـزء البـاقي الـذي يتضمن اهم احكام حالات تلف المغصوب لـذا جـاءت المـادة ناقصـة غـير مسـتوفية لاحكام حالات تلف المغصوب او ضياعه ومنها:

أ- ضمان المثل بالمثل وضمان القيمي بالقيمة.

ب- اذا انقطع المثل يصار الى القيمة.

ت- في تقدير القيمة تعتبر قيمة يوم الغصب او يوم التلف او اقصى القيم مـن يـوم الغصب الى يوم التلف حسب اختلاف الفقهاء. ولم يحدد المشرع هذا الوقت.

ث- لم يذكر حكم الحصول على المغصوب بعد ضياعه ودفع قيمتـه للمغصـوب منـه

---

[1] منها مجمع الضمانات في فقه ابي حنيفة: ص١٤٠: (فان كان الصبيّ من اهل الحفظ بـان كـان يعقل الاخذ والاعطاء صح والا فلا ويكون بمنزلة ما لو رفع السرج عن ظهر دابة الغير ثم اعـاده الى ظهر الدابة لا يصح).

[2] نصّ المادة: (اذا كان المغصوب منه صبيا ورد الغاصب اليه المغصوب فان كان مميـزا واهـلا لحفظ المال يصح والا فلا).

وقد ذكرنا هذا الحكم سابقا.

ج- ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (١٩٨) الاتية مكان بحثه (١٩٣)

٣- المادة (١٩٤/١-٣): منقولة حرفيا من المجلة بفقراتها الثلاث مع تقديم وتاخير.

ف١- (اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان).

وهي نفس المادة (٨٩٧) من المجلة باستثناء قيد: (مع التعويض عن الاضرار الاخرى).

ومن عيوب هذه الفقرة انها عالجت حالة تغير المغصوب لذاته المؤدي الى النقص والضرر واهملت حالة التغير لذاته المؤدى الى الزيادة والنفع ككون المغصوب صغيرا فاصبح كبيرا او كونه هزيلا فصار سمينا.

وكذلك لم تتضمن حكم التغير بفعل الطبيعة كما اذا كان المغصوب أرضاً فاضاف اليها الفيضان زيادة من الخصوبة او من الارض الزائدة التي تسمى الطمى[1] او انضم اليه حق من حقوق الارتفاق عن طريق الميراث.

ف٢- (اما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة غيره وزرعها في ارضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له).

وهذه الفقرة منقولة حرفيا من المادة (٨٩٩) التي مفادها ان كل تغير من الغاصب يبدل اسم المغصوب كجعل الحنطة بالطحن دقيقا يصبح المغصوب ملكا للغاصب تلقائيا وعليه ضمان بدله للمغصوب منه.

وهذا ما استقر عليه فقهاء الحنفية واستنكره غيرهم من جميع فقهاء الشريعة الاسلامية وبوجه خاص ابن حزم الظاهري كما ذكرنا. وكان على المشرع العراقي ان ينتبه الى ذلك وياخذ براى جمهور فقهاء الشريعة كما سبق بيانه.

ف٣- (واذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله[1] فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عينا مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان).

---

[1] المادة (١١١٣) من المدني العراقي: (النهر اذا جاء بطمى على ارض احد فهو ملكه).

وهذه الفقرة هي نص المادة (٨٩٨) من المجلة باستثناء عبارة: (مع التعويضات الاخرى).

ومن عيوب هذه الفقرة:

أ. انها عالجت حالة واحدة وهي ان تكون الزيادة مؤدية الى زيادة القيمة بما اضاف اليه بقرينة عبارة: (ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة) فان لم تؤد اليها فلا يكون للغاصب أي حق مقابل ما اضافه الى المغصوب.

ب. الزيادة قد تكون من الكماليات فالمغصوب منه ليس مسؤولا عن دفع قيمتها او نقصانها باجماع فقهاء الشريعة والقانون لان الغاصب متعد وسيئ النية ويده يد ضمان فليس له حق ايّ تصرف في المغصوب او اضافة اليه.

ج. الزيادة قد تؤدي الى نقص قيمة المغصوب وهذا ما بحثه الفقهاء كما ذكرنا سابقا فعلى الغاصب ان يدفع ارش النقص الى المغصوب منه، فكان على المشرع العراقي ان يأخذ بالرأي الراجح في الفقه الاسلامي وهو ان الزيادة اذا ادت الى زيادة القيمة يباع المغصوب، فيأخذ كل حصته من الثمن بالنسبة الى حصته في المغصوب كما سبق بيان ذلك.

٤- المادة (١٩٥): (اذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فليس للمغصوب منه الا ان يقبله كما هو دون اخلال بحقه في التعويض عن الاضرار الاخرى ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب او بفعله لزمه الضمان).

هذه المادة هي المادة (٩٠٠) نفسها من المجلة باستثناء: (التعويض عن الاضرار الاخرى) غير ان في المجلة: (فليس لصاحبه ان لا يقبله ويطالب بقيمته التي في زمان الغصب) بدلا من: (فليس للمغصوب منه الا ان يقبله كما هو).

وقد سبق ان بينا ان هذه المسألة خلافية فبعض الفقهاء ذهبوا الى خلاف ذلك كالظاهرية والامامية وكل من ذهب الى ان عليه اقصى القيم من يوم الغصب الى يوم الرد او التلف فقالوا يكون مسؤولا عن تناقص قيمة المغصوب بعد الغصب نتيجة تراجع الاسعار في الاسواق لكن لا خلاف في ضمان نقص القيمة بسبب فعل الغاصب.

---

(١) كان غصب سيارة وصبغها بلون اخر.

والراجح في الفقه الإسلامي أن الغاصب ليس مسؤولاً عن تناقص سعر المغصوب وقيمته نتيجة تراجع الأسعار مطلقاً سواء كان المغصوب عقاراً أم منقولاً، وبه أخذ المشرع العراقي، وحسناً فعل.

٥- المادة (١٩٦): (زوائد المغصوب مغصوبة مثله فاذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

ومن مزايا هذه المادة انها خرجت عن التأثر بفقه ابي حنيفة وعن النقل الحرفي من المجلة كما في المواد السابقة، لان ما ذهب اليه الحنفية من عدم كون الزوائد مغصوبة بناء على تعريفهم غير المنطقي وغير العادل للغصب[1] ضيق كثيرا دائرة مسؤولية المعتدين على اموال الناس، ففقه ابي حنيفة رغم انه فقه عملي ناضج مبني على التحليل والتعديل والاستنتاج ومناقشة الحكم من قبل ابي حنيفة واصحابه قبل اقراره، الا ان فلسفتهم في بعض المسائل قد دفعتهم الى اقرار احكام غير عادلة وقد خدم هذا الفقه الغاصب في كثير من الاحكام، اما باقرار مكسب له او بتخليصه من المسؤولية المدنية والجنائية بمجرد دفع بدل المغصوب وحده[2].

ومن عيوب هذه المادة انها سكتت عن الزام الغاصب برد زوائد المغصوب اذا كانت باقية، لانه لا يوجد الفرق بين الاعيان والزوائد في وجوب ردها في حالة بقائها تحت يد الغاصب ورد بدلها من المثل في المثليات والقيمة في القيميات في حالة تلفها حقيقة او حكما[3].

٦- المادة (١٩٧): (المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله. واذا تلف العقار او طرأ على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان).

هذه المادة عبارة عن النصف الاول من المادة (٩٠٥) من المجلة مع اضافة التلف الى النقص وزيادة قيد: (ولو بدون تعد من الغاصب). ولم تاخذ بالنصف الثاني منها

---

[1] في الاختيار لتعليل المختار في فقه ابي حنيفة ٣/٩١: (زوائد الغصب امانة متصلة كانت كالسمن او منفصلة كالولد والثمرة والصوف واللبن لان الغصب لم يرد عليها لانه ازالة يد المالك واثبات يده ولم يوجد فلا يضمن ويضمنها بالتعدي بان اتلفه او اكله او بالمنع بعد الطلب).

[2] ومن هذه الاحكام غير العادلة تملك الغاصب للمغصوب تلقائيا مقابل بدله بمجرد تغيير في المغصوب يبدل اسمه كتحويل الحنطة الى الدقيق. ومنها عدم ضمان الغاصب لمنافع المغصوب لانها تتجدد بتجدد الزمان فليست بمال.

[3] التلف الحكمي كان تغصب العين من غاصب اخر او تسرق بحيث يتعذر استردادها.

الذي مفاده ان الضمان لا يكون الا اذا كان التلـف او النقصــان بفعــل الغاصــب ولم تأخذ برأي ابي حنيفة وابي يوسف[1].

ومن مزايا هذه المادة انها اخذت برأي جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية في ان العقــار كالمنقول يكون محلا للغصب خلافا لرأي ابي حنيفة وابي يوسف.

ومن المفيد أن أتطرق لبعض نقاط مهمة تتعلق بالاحكام الواردة في هذه المادة:

لا يوجد تعارض بين هذه المادة (١٩٧) التي اقرت مسـؤولية الغاصـب عـن نقصـان المغصوب ولو بدون تعد منه وبين المادة (١٩٥) الـتي اقـرت عـدم مسـؤوليته عـن التناقص الطارئ بعد الغصب، وذلك لاختلاف تعبير (تناقصـت) في المـادة (١٩٥) وتعبير نقص في المادة (١٩٧) من حيث المفهوم، لان التناقص يعني النقصان الـذاتي الحاصل بتراجع الاسعار وهبوطها في الاسـواق وعـدم مسـؤولية الغاصـب عـن هـذا التناقص هو ما اتفق عليه جمهور فقهاء الشريعة[2].

بينما المراد بالنقص في المادة الاخيرة هو ما لا يكون ذاتيا ولا نتيجة هبوط الاسـعار، وانما هو بقوة قاهرة (امر سماوي) او بفعل الغاصب او بفعل شخص ثالـث، ولا يعـود عدم التعارض في هاتين المادتين الى ان المراد بالمغصوب في المادة (١٩٥) هـو المنقـول دون العقار. لان هذه المادة وردت مطلقة والمطلق يجري علـى اطلاقـه اذا لم يقـم دليـل التقييد نصا او دلالة[3].

ثم ان فقهاء الشريعة لم يفرقوا بين العقار والمنقول في حالـة التنـاقص في اقـرار عـدم مسؤولـية الغاصب عنه.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية في العمـل بالقاعـدتين: (الاجـر والضـمان لا يجتمعان) و(الخراج بالضمان) في التصرفات الشرعية وكذا في عـدم العمـل بهمـا في

---

[1] في مجمع الضمانات: ص١٢٦: (ان العقار لا يتحقق فيه الغصب عند الشيخين (ابي حنيفة وابي يوسف) خلافا لمحمد فاذا غصب عقارا فهلك في يده بـان انهدم بآفـة سماويـة او جـاء سـيل فذهب بالبناء او اشجاره او غلب سيل على ارض فبقيت تحت الماء لا يضمنه عندهما). ووجه ذلك ان الغصب لا يتحقق الا بالنقل والتحويل من يد المغصوب منـه الى يـد الغاصب والعقـار لا يقبل ذلك.

[2] في المغني ٥/٢٥٨: (وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة ا لحاصل بتغير الاسعار نصّ عليـه احمد وهو قول جمهور العلماء).

[3] المجلة المادة (٦٤).

التصرفات غير الشرعية باستثناء رأي الاقلية الذاهب الى الاخذ بقاعدة: (التضمين تمليك بالاثر الرجعي).

وعلى سبيل المثل من استاجر دارا تكون يده على العين المؤجرة يد امانة فاذا هلكت او نقصت بدون تعد منه لا يكون ضامنا لانه يدفع الاجر مقابل الانتفاع بمنفعة الدار فالتصرف مشروع ويده يد أمانة ما لم ينته العقد او يخالف المستأجر شروط المؤجر وبخلاف ذلك يجتمع اجر المثل عن المدة التي تبقى تحت حيازته بطريقة غير مشروعة مع ضمان هلاك او نقص العين المستأجرة ولو بدون تعد منه الا عند من يرى ان التضمين تمليك بالاثر الرجعي وهذا الرأي لا يشكل سوى خمسة بالمئة من مجموع اراء فقهاء الشريعة الذاهبين الى ان التضمين ليس تمليكا مطلقا او ليس تمليكا بالاثر الرجعي.

ومن اشترى سيارة فاستغلها شهرا حصل بها على غلة ثم فسخ العقد لوجود عيب خفي يبرر ذلك فيرد السيارة ويسترد الثمن ولا يرد الغلة، لأنها حصلت في ملكه ولانه لو هلك المبيع قبل الفسخ لهلك عليه، ففي هذه الصورة تطبق قاعدة: (الخراج بالضمان) لان التصرف كان مشروعا اما اذا غصب السيارة واستغلها مدة فحصل على غلة منها ثم هلكت فعليه ضمان الغلة والسيارة معا ولا تطبق قاعدة الخراج بالضمان الا عند من يرى ان تضمين العين المغصوبة تمليك وهو رأي الاقلية كما ذكرنا وبناء على ذلك فان جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية اتفقوا على العمل بالقاعدتين في التصرفات الشرعية وعدم العمل بهما في التصرفات غير المشروعة وبهذا اخذ المشرع العراقي في المادة (١٩٧) وحسنا فعل.

نقل الاستاذ الجليل الدكتور حسن الذنون[1] عن المغفور له الشيخ محمد شلتوت شيخ الجامع الازهر سابقا قوله: (ويرى المالكية والحنفية ان المنافع لا تضمن)، وهذا الكلام المنقول بالنسبة للحنفية صحيح مع رعاية الاستثناءات الواردة عليه ومع شرط عدم التعدي وعدم الامتناع عن ردها بعد الطلب من المغصوب منه وليس الكلام على اطلاقه، واما بالنسبة للمالكية فليس كذلك لانهم يعتبرون الاستيلاء على المنافع

---

[1] المبسوط في المسؤولية المدنية ٢/٣٠٢.

بغير حق تعديا والمتعدي ضامن ولانه نوع من الغصب[١].
ونقل[٢] عن المغفور له الاستاذ السنهوري أنه قال: (يختلف الفقه الاسلامي عن الفقه الغربي اختلافا بينا في تحديد معنى الضرر، ففي الفقه الغربي يعوض عن كل ضرر مادي او ادبي، وفي الضرر المادي يعوض عن كل ما تحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح... اما في الفقه الاسلامي فانه يشترط في الضمان ان يكون المضمون مالا متقوما في ذاته وان توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل الا في استثناءات محدودة). ثم يمضي المرحوم الأستاذ السنهوري قائلا[٣]: (ان هناك تيارات ملحوظة في الفقه الاسلامي تتجه الى ضمان المنافع).
ويرى الباحث أنه ليس من العدل والانصاف حين المقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي ان ينسب الى هذا الفقه باسره قول مرجوح في مذهب معين لان القائلين بضمان المنافع ليسوا تيارات ملحوظة وانما هم جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية كافة وان الفقه الاسلامي عرف التعويض المادي والمعنوي وما تحمله الدائن من خسارة وما فاته من ربح قبل ان يولد الفقه الغربي.
وقد حصر الله سبحانه وتعالى اهداف الرسالة المحمدية في تحقيق المصلحة البشرية فقال ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[٤]، والرحمة في هذه الاية هي المصلحة والمصلحة هي المنفعة المستجلبة والمضرة المستدرأة سواء كانت مادية أو معنوية، وقد اكد الرسول العظيم ﷺ هذه الحقيقة بقوله: ((لا ضرر ولا ضرار))، وهما لفظان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم باجماع فقهاء الشريعة.

---

(١) في قوانين الاحكام الشرعية لابن جزيّ المالكي: ص٣٤٨: (التعدي اعم من الغصب لانه يكون في الاموال والفروج والابدان والتعدي في الاموال اربعة اخذ الرقبة وهو الغصب والثاني اخذ المنفعة دون الرقبة وهو ضرب من الغصب ويجب فيه الكراء مطلقا).
وفي مواهب الجليل للحطاب ٣٢١/٧ : (من غصب منفعة دار واستاجر منه رجل تلك المنفعة فلربها اخذ المنفعة من الغاصب او من المستاجر عالما كان او جاهلا).
(٢) في المرجع السابق ٣٠٣/٢.
(٣) في المرجع السابق ٣٠٦/٢.
(٤) سورة الأنبياء / ١٠٧.

والفقه الاسلامي العظيم الذي يجهله اكثر علماء القانون والشريعة معدن من الذهب مخلوط بالاتربة ولو نقح من هذه الاتربة عن طريق الايدي المخلصة المستوعبة لهذا الفقه لاصبح مصدرا خصبا لقوانين العالم الاسلامي وغير الاسلامي.

٧- للمادة (١٩٨/١): (غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فاذا غصب احد من الغاصب المال المغصوب واتلفه او تلف في يده فللمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني وله ان يضمن مقدارا منه الاول والمقدار الاخر الثاني. فاذا ضمن الغاصب الاول كان لهذا ان يرجع على الثاني وان ضمن الثاني فليس له ان يرجع على الاول).

أهم النقاط المتعلقة بحكم غاصب الغاصب:

١. غاصب الغاصب كالغاصب يجب ان تتوافر في عمله غير المشروع جميع عناصر الغصب من الاركان والشروط ولما كانت هذه الفقرة مأخوذة من المادة (٩١٠) من المجلة المأخوذة من فقه ابي حنيفة لا يتوافر في عمل غاصب الغاصب العنصر الاول من عناصر الغصب في هذا الفقه وهو (ازالة اليد المحقة) لان يد الغاصب الاول ليست باليد المحقة ويمكن الاجابة عن ذلك بان الغاصب الاول بعد تضمينه يعد مالكا بالاثر الرجعي لان التضمين تمليك وبان غاصب الغاصب ازال اليد المحقة بصورة غير مباشرة اضافة الى ان يد الغاصب الاول بمثابة يد المالك في الحفاظ على مال المغصوب ثم ان فرصة رده عند الغاصب الاول اوفر[1].

٢. اذا اختار المغصوب منه تضمين احد الغاصبين (الاول او الثاني) ليس له الحق في تضمين الاخر عند من يرى أن التضمين تمليك ولا يصح تمليك مال واحد في وقت واحد لاكثر من واحد بحيث يكون كل واحد منفردا عن الاخر في تملك هذا المال.

٣. اذا اختار تضمين الاول يرجع هذا بالضمان على الثاني لانه يعتبر مالكا للمغصوب من وقت غصبه وعلى هذا الاساس يعد الثاني غاصبا لملك الغاصب الاول.

٤. اذا اختار تضمين الثاني لا يرجع هذا على احد لانه ضمن بفعل نفسه غير المشروع وكذلك الحكم لو استهلكه الغاصب الثاني.

٥. متى اختار تضمين احدهما هل يبرأ الاخر عن الضمان بنفس الاختيار؟

---

(1) البدائع ٩/٤٤٠٣.

اختلف فيه الفقهاء: فمنهم من قال أنه يبرأ الاخر عن الضمان بنفس الاختيار حتى لو اراد تضمينه بعد ذلك لم يكن له ذلك[١]. بينما ذهب البعض الى انه لا يبرأ ما لم يرض من اختار تضمينه او يقض به عليه[٢] فعند توفر الرضا او القضاء بالضمان صار المغصوب ملكا للذي ضمنه لانه بمثابة انه باعه من الاول عن طريق التضمين اما قبل وجود الرضا او القضاء بالضمان فلم يوجد منه التمليك من احدهما فله ان يملكه ايهما شاء[٣].

٦. ويلاحظ على هذه الفقرة انها لم تشر الى التزام غاصب الغاصب برد المغصوب اذا كان باقيا ورد زوائده اذا حدثت بعد الغصب وكانت باقية في حيازته بل اقتصر على حكم الضمان في حالة التلف.

كما لم تشر إلى ارش النقص في حالة تعيب المغصوب او نقصه بعد الغصب كما في حالة عدم كون التلف كليا.

وهذه الظاهرة موجودة في جميع المواد (١٩٢-٢٠١) التي عالجت احكام الغصب فكأن الغصب ينظر اليه كسبب من اسباب الضمان بعد التلف في حين ان اهم احكامه هو الرد للمغصوب ولزوائده والتعويض عن منافعه.

٨- المادة (٢/١٩٨): (كذلك اذا اتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب، فان المغصوب منه يكون بالخيار ان شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف، وان شاء ضمنه المتلف ولا يكون لهذا رجوع على الغاصب).

المفروض ان تكون هذه الفقرة هي المادة الاخيرة من المواد الخاصة بالغصب، واذا رجع على الغاصب يطالبه بقيمة يوم الغصب الذي هو رأي الحنفية والمالكية واخذ به المشرع العراقي[٤].

اما اذا رجع على المتلف فيطالبه بقيمة يوم الاعتداء، وفي الحالة الثانية اذا كانت قيمة المغصوب يوم الاعتداء اقل من قيمة يوم الغصب رجع بباقي القيمة على الغاصب، لان حق المغصوب منه يجب الا يقل عن قيمة يوم الغصب في جميع

---

[١] البدائع ٩/٤٤٠٧.

[٢] وهو ما يروى عن محمد صاحب أبي حنيفة.

[٣] البدائع، المرجع السابق.

[٤] ورأي جمهور الفقهاء هو انه يطالبه بأقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

الاحوال[1].

ويلاحظ على هذه الفقرة ما يأتي:

١. لا يوجد الربط بينها وبين الفقرة الاولى التي عالجت احكام غصب غاصب الغاصب.

٢. الترتيب الطبيعي يتطلب تقديم هذه الفقرة على الاولى لانها مشمولة بما ورد في الاولى.

ومن البدهي ان اتلاف المغصوب من قبل الغير كما يكون في حالة كونه تحت يد الغاصب كذلك قد يحدث بعد انتقاله من حيازة الغاصب الى حيازة غاصب الغاصب.

٩- المادة (١٩٩): (اذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الاول يبرأ وحده واذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو والاول).

كان المفروض ان تكون هذه المادة هي الفقرة الثانية للمادة (١٩٨). ونقل الاستاذ الجليل الدكتور حسن الذنون[2] انه قد حصل نقاش حول هذه المادة بين اعضاء لجنة وضع مشروع القانون المدني، ومنهم الاستاذ حسن كبة قال: ان الحكم الذي جاءت به ورد على خلاف القياس، فان القياس يقتضي ان يعتبر غاصب الغاصب غاصبا بالنسبة للمالك، فلا يبرأ الا اذا ادى المال له. لذا اقترح ان يقتصر حكم هذه المادة على حالة ما اذا كان الغاصب الثاني حسن النية غير عالم بالغصب الاول.

ويرى الباحث ان هذا المقترح خطأ من وجهين:

أحدهما: لا يتصور الجمع بين كون الشخص غاصبا او غاصب الغاصب وكونه حسن النية، لان الغاصب سيئ النية دائما، فان كان حسن النية لا يعتبر غاصب الغاصب.

والثاني: ان مصدر هذه المادة وغيرها من المواد المتعلقة بالغصب هو الفقه الاسلامي، وقد اجمع فقهاء الشريعة على ان الغاصب تبرأ ذمته برد المغصوب الى الجهة التي غصبه منها، سواء كانت هذه الجهة مالك المغصوب او غاصبا او مستعيرا او مستأجرا او مرتهنا او مودعا لديه.

---

[1] بداية المجتهد ٢/٢٦٧. الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/٢٣٥.

[2] في كتابه المبسوط، المرجع السابق ٢/٣١٧.

وإذا حصل الخلاف بين غاصب الغاصب والمالك حول رد المغصوب وعدم رده تطبق قواعد الاختلاف بين المالك والغاصب كما ذكرنا.

وبناء على ما ذكرنا لا يوجد أي غموض في هذه المادة يجعلها محل نقاش، وخلاف والاستاذ حسن كبة معذور لانه لم يكن ملما بالفقه الاسلامي كما يفهم من اعتراضه، ثم ان هذه المادة هي المادة (٩١١) نفسها من مجلة الاحكام العدلية مع تحوير طفيف في بعض الفاظها.

١٠- المادة (٢٠٠): (اذا تصرف الغاصب في مال المغصوب معاوضة[١] او تبرعا[٢] وتلف المغصوب كلا او بعضا، كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء، فان ضمن الغاصب صح تصرفه وان ضمن من تصرف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الاستحقاق وفقا لاحكام القانون).

النقاط المتعلقة بهذه المادة يمكن تلخيصها بالاتية:

١. هذه المادة مع الفقرة الاولى من المادة (١٩٨) متداخلتان في بعض الاحكام لان من تصرف له الغاصب اذا كان عالما بالغصب يعتبر غاصب الغاصب ويندرج تحت الفقرة المذكورة كما هو واضح .

٢. ان مصدر احكام الغصب في هذا القانون ينحصر في الفقه الاسلامي، ولفقهاء هذا الفقه اتجاهان رئيسان:

أحدهما: وهو ما تزعمه الحنفية والمالكية واخذ به المدني العراقي: ذهب بالنسبة لضمان المغصوب والتصرف فيه الى الاتي:

أ. التضمين تمليك بالاثر الرجعي.

ب. التصرف في مال الغير بدون نيابة قانونية او قضائية او اتفاقية موقوف على اجازة مالكه.

ج. يكون الضمان بقيمة يوم الغصب.

والاتجاه الثاني: الذي تبناه جمهور فقهاء الشريعة ذهب الى عكس الاتجاه الاول كالاتي:

١. التضمين ليس تمليكا مطلقا .

---

[١] كالبيع.

[٢] كالهبة.

٢. التصرف في مال الغير بدون نيابة باطل .
٣. يكون الضمان بأقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف بالنسبة للغاصب ومن يوم القبض الى يوم التلف بالنسبة للمتصرف له. فحكم تصرف الغاصب كما جاء في هذه المادة يتكون من نقطتين:

احداهما ان للمغصوب منه لذا ضمن الغاصب صح تصرفه فالصواب: (نفذ تصرفه) بدلا من: (صحّ تصرفه) وهذا الخطأ نشأ من عدم التمييز بين العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والعقد القابل للابطال في الفقه الغربي، فالاول عقد صحيح موقوف لا تترتب عليه آثاره الا بعد الاجازة ممن له حق الاجازة، بينما الثاني عقد صحيح كما يقول فقهاء الفقه الغربي وينتج جميع آثاره لكنه مهدد بالزوال بسبب جرثومة يحملها وهو عيب من عيوب الارادة او نقص اهلية احد العاقدين، وباجازة من تقررت القابلية للابطال لمصلحته يصبح صحيحا ويستقر فلا يبطل. ومن الغريب ان يكون العقد غير صحيح ورغم ذلك ينتج جميع آثاره.

والثانية هي ان للمغصوب منه اذا ضمن من تصرف له الغاصب رجع على هذا الغاصب بضمان الاستحقاق وفقا لاحكام المواد (٥٥٠-٥٥٧) اذا كان التصرف معاوضة كالبيع ووفقاً للمواد (٦١٤-٦١٥) اذا كان التصرف تبرعا كالهبة، هذا على الاتجاه الأول.

واما على الاتجاه الثاني (اتجاه الجمهور) فان حكم تصرف الغاصب في المغصوب يكون كالاتي: من غصب عينا وباعها وقبضها للمشتري وتصرف فيها وتلفت عنده، فللمالك ان يضمن الغاصب لانه غصبها وله ان يضمن المشتري لانه قبض ما لم يكن له حق قبضه فصار كالغاصب. فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته اكثر ما كانت قيمته من حين الغصب الى حين التلف في يد المشتري، لانه من حين الغصب الى حين التلف في ضمانه. وان ضمن المشتري ضمنه اكثر ما كانت قيمته من حين القبض الى وقت التلف، لانه لم يدخل في ضمانه قبل القبض فلا يضمن ما قبله.

وإذا اختار تضمين المشتري ففيه التفصيل الآتي:

أ. فاذا كان المشتري عالما بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب لانه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من المالك اذا تلف عنده.

ب. وان لم يعلم بان ما قبضه مغصوب فالامر لا يخلو من احدى الحالتين التاليتين:

١. ان التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب، لان الغاصب لم يقره بل دخل معه على ان يضمنه.

٢. وان لم يلتزم ضمانه بالعقد فينظر:

أ. فان لم يحصل له في مقابله منفعة رجع على الغاصب لانه غرّه ودخل معه على ان لا يضمنه[1].

ب. وان حصلت في مقابله منفعة كالاجرة ففيه قولان: احدهما يرجع به لانه غرّه ولم يدخل معه على ان يضمنه، والثاني لا يرجع به لانه حصل له في مقابله منفعة.

واذا اختار تضمين الغاصب:

أ. فما لا يرجع به المشتري على الغاصب اذا غـرّم رجع به الغاصب على المشتري.

ب. وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به لانه لا فائدة في ان يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه[2].

١١- المادة (٢٠١): (الحال الذي هو مساو للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع ان انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامنا).

ما اتت به هذه المادة من ان كل حالة تساوي الغصب في ازالة يد المالك على ملكه بحيث يحرم من ممارسة صلاحيات الملكية من التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة

---

[1] في تحفة المحتاج ٦/١٤: (وان كانت يده يد امانة كوديعة فالقرار على الغاصب لانه دخل على ان يده نائبة عن الغاصب فان غرّم الغاصب لم يرجع عليه وان غرم هو رجع على الغاصب).

[2] المهذب ١/٣٧٣.

تسري عليها احكام الغصب ضروري اذا اخذنا بالتعريف الضيق غير الجامع للحنفية. اما اذا اخذنا بتعريف الشافعية[1] وهو الاستيلاء على حق الغير بغير حق او بتعريف الظاهرية وهو الاستيلاء على شيء عدوانا فهذه المادة اذا لم تحمل على التاكيد لتعريف الغصب بمفهومه العام تكون حشوا ومن باب العبث.

---

(1) في حاشية الباجوري على ابن قاسم الغزي للعلامة ابراهيم الباجوري: (الغصب شرعا الاستيلاء على حق الغير عدوانا فان اقام من قعد في مسجد او سوق او موات او منعه من سكنى بيت رباط مع استحقاقه له فهو غاصب، فاذا تعدى على حق الغير وظلمه ان كان خفية من حرز مثله سمي سرقة، او مكابرة في الصحراء سمي محاربة، وان اعتمد الهرب سمي اختلاسا، وان جحد ما أؤتمن عليه سمي خيانة).

المبحث الثالث

أحكام الغصب الجزائية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائي العراقي

وتوزع دراسة هذا الموضوع على مطلبين:
يخصص الأول لأحكام الغصب الجزائية
والثاني للتشريع الجزائي العراقي.

المطلب الأول

أحكام الغصب الجزائية في الفقه الإسلامي

اجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على ان الغصب جريمة من الجرائم التعزيرية والجريمة التعزيرية هي التي تكون عقوبتها التعزير ويتم تجريمها واستحداث عقوبتها بالقانون.

وقد قسّم فقهاء الشريعة الجرائم من حيث الخطورة والحق المعتدى عليه والتجريم الى ثلاثة اقسام:

القسم الاول- جرائم الحدود:

وهي جرائم الاعتداء على حقوق الله (الحقوق العامة) المحضة او على حقوق يكون الجانب العام فيها هو الغالب،[1] وتتميز هذه الجرائم بان كلا من التجريم وتحديد العقوبة فيها يكون بنص شرعي من القرآن او السنة النبوية[2].

---

[1] كجريمة السرقة فيها الاعتداء على الحق العام والحق الخاص لكن الحق العام فيها هو الغالب من حيث الاهمية في مكافحتها.

[2] كجريمة السرقة وقطع الطريق والزنا والقذف والارتداد عن الدين وتعاطي المسكرات والمخدرات.

القسم الثاني- جرائم القصاص والدية:

وهي جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس كالقتل والجرح، وتتميز هذه الجرائم بان الحق الخاص فيها هو الغالب على الحق العام، لذا يجوز لولي الدم التنازل عن القصاص والعدول الى الدية.

القسم الثالث- جرائم التعزير:

وهي ماعدا القسمين السابقين وأنواعها ثلاثة:

النوع الاول: كل جريمة حدية حصلت فيها الشبهة تتحول تلقائيا الى جريمة تعزيرية كالسرقة بين الزوجين او بين الاصول والفروع.

النوع الثاني: كل جريمة تم تجريمها بنص شرعي دون بيان عقوبتها، ومن هذا النوع جريمة الغصب[١] والتجسس[٢] والرشوة[٣] وغيرها، مما نص القرآن او السنة النبوية على انه جريمة بدون بيان العقوبة.

النوع الثالث: لولي الامر (رئيس الدولة) بتعاون مع اهل الشورى اعتبار كل فعل يضر بالمصلحة العامة جريمة وتحديد عقوبة لها في ضوء حجم خطورتها على المجتمع.

مصادر الاحكام الجزائية للغصب في الفقه الاسلامي:

مصادر الاحكام الجزائية للغصب في الفقه الاسلامي هي نفس مصادر الاحكام المدنية له، وهي القرآن والسنة النبوية والاجماع والعقل السليم والمصادر الفقهية كما سبق.

ومن المصادر الفقهية:

ما جاء في شرح الخرشي[٤] من ان: (الغاصب اذا كان مميزا فانه يؤدب وجوبا ويسجن لحق الله باجتهاد الحاكم، بعد ان يؤخذ منه ما غصبه وأدّبه لاجل الفساد فقط لا لأجل التحريم، كما يؤدب على الزنا ونحوه تحقيقا للاستصلاح، وتهذيبا للاخلاق، واما البالغ فيؤدب اتفاقا وادب ولو عفا عنه المغصوب منه، لأنه حق الله دفعا للفساد في الارض).

---

[١] كما في قوله تعالى ﴿ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل﴾ سورة البقرة / ١٨٨.

[٢] كما في قوله تعالى ﴿ولا تجسسوا﴾ سورة الحجرات / ١٢.

[٣] كما في قول الرسول ﷺ : ((لعن الله الراشي والمرتشي)). سبل السلام ٣/٥٥.

[٤] شرح الخرشي في الفقه المالكي ٦/١٣٠.

ويستنتج من هذا النص الفقهي ما يأتي:

١. اينما ورد لفظ التأديب في الفقه الاسلامي يـراد بـه العقوبـة التعزيريـة، وهـي عقوبة خول الشارع السلطة التشريعية الزمنية باسـتحداثها وتحديـدها، وتـتراوح بين التوبيخ والاعدام، فيرى بعض فقهاء الشريعة ان لولي الامر عقاب الجاسـوس بالاعدام اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.
٢. عقاب الغاصب لحق الله، لانه اعتدى على حقين، الحق العام الذي يسمى في الفقه الاسلامي حق الله وجزاؤه العقوبة، والحق الخاص (حق العبـد) وجـزاؤه وجـوب رد المغصوب اذا كان باقيا ورد بدله من مثل او قيمـة اذا كـان تالفـا، اضـافة الى وجوب التعويض عن الاضرار الناتجة من الغصب، كما ذكرنا سابقا.
٣. اجتهاد الحاكم في تقدير العقوبة انما هو في تشديدها او تخفيفها في ضوء الظـروف المشددة والمخففة، اذا اريد بالحاكم القاضي وما شاع بين الكتاب المحدثين من ان القاضي يملك سلطة استحداث العقوبة خطأ شائع، لأن الشريعة الاسـلامية هـي الشريعة الاولى التي أقرت مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بـنص)، وورد في القرآن آيات اقرت هذا المبدأ كما ذكرنا سابقا. لكـن اذا اريـد بالحـاكم ولـي الامر، فهو يملك سلطة استحداث العقوبة بتعاون مع اهل الشورى، على ان تحدد هذه العقوبة بنص قانوني.
٤. وظيفة العقوبة في الشريعة الاسلامية اصلاح الجـاني بـالزجر ومنـع الفسـاد في الارض بالردع.
٥. عقوبة ناقص الاهلية تكون اخف من عقوبة كامل الاهلية كما في القانون.
٦. تنازل المغصوب منه عن حقه لا يعفي الغاصب من العقاب، ذلـك لأنـه اعتـدى على حقين الخاص والعام، فصاحب الخاص إذا تنازل عـن حقـه فيبقـى الشـخص المعتدي مسؤولا عن الحق العام.

ومن المصادر الفقهية ما جاء في اعانة الطالبين[1] من ان احكـام الغصـب (أي المدنيـة) وجوب رده ولزوم ارش نقصه واجرة مثله الى غير ذلك، والمعتمد[2] انه كبيرة مطلقا،[3] وقيـل

---

[1] في الفقه الشافعي للدمياطي (العلامة محمد شطا) ١٣٦/٣.
[2] أي الرأي الراجح في تكييفه بالنسبة للجزاء الجنائي هو انه من الجرائم الكبيرة.
[3] أي سواء بلغ المغصوب حد نصاب السرقة أو لا.

كبيرة ان كان المغصوب مالا بلغ نصاب سرقة، والا فصغيرة كالاختصاص ونحوه، والاصل في تحريمه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾[1] وقوله تعالى ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ﴾ واخبار كخبر: ((ان دماءكم واموالكم واعراضكم حرام عليكم))، والويل هو العذاب والعقاب.

ويستنتج من هذا النص الفقهي ما يأتي:

١- ان للغصب جزائين مدني كوجوب رد المغصوب ولزوم ارش النقص بعد القبض، وهو الفرق بين قيمة الشيء سليما وقيمته معيبا، واجرة مثل منافع المغصوب ونحو ذلك، وجزاء جنائي حدد للجرائم الكبيرة.

وقد قسم فقهاء الشريعة جميع الجرائم من حيث خطورتها على المجتمع الى الكبائر والصغائر، وعلى سبيل المثل قالوا: جريمة الزنا من الكبائر ونظر الانسان الى امرأة لا تكون من محارمه ولا زوجة له من الصغائر.

٢- الرأي المعتمد هو انه يكيف الغصب بأنه من الكبائر مطلقا سواء كان المال المغصوب قليلا او كثيرا، وذهب بعض الفقهاء الى انه من الجرائم الكبيرة اذا كان المغصوب مالا بلغ نصاب السرقة وهو عشرة دراهم من الفضة على الراجح، واذا كان اقل منه يعد من الجرائم الصغيرة كالاختصاص، مثل غصب الكلب النافع او السماد الحيواني.

وورد في شرح الازهار[2]: الاصل في قبح الغصب العقل والسمع، اما العقل فلأنه ظلم والظلم قبيح عقلاً، أي ان العقل يدرك ان الغصب جريمة لانه ظلم، وكل ظلم قبيح وكل قبيح محرم وكل محرم فعله جريمة تستوجب العقاب.

ميزات العقوبة التعزيرية :

تتميز العقوبة التعزيرية من عقوبات الحدود والقصاص والدية بميزات اهمها:

١. تختلف باختلاف الاشخاص والزمان والمكان.
٢. لرئيس الدولة اعفاء الجاني من عقوبته اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.

---

[1] سورة النساء / ٢٩.
[2] فقه الزيدية ٥١٩/٣.

٣. العقوبات التعزيرية تتأثر بالظروف المشددة والمخففة بخلاف العقوبات الحدية وعقوبتي القصاص والدية.
٤. العقوبة التعزيرية تحدد من قبل السلطة التشريعية الزمنية بالنصوص القانونية.

المطلب الثاني
أحكام الغصب الجزائية في التشريع الجزائي العراقي

عالج المشرع العراقي في قانون العقوبات[1] الاحكام الجزائية للغصب بمفهومه الخاص[2] في المادتين (٤٥١-٤٥٢) :

فنصت المادة (٤٥١) على انه: (مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة من اغتصب بالقوة او الاكراه او التهديد سندا او محررا او توقيعا او ختما او بصمة ابهام او حمّل آخر باحدى الوسائل المذكورة على الغاء شيء من ذلك او اتلافه او تعديله او التوقيع على البياض).

ونصّت المادة (٤٥٢) على انه:

(١- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس من حمل اخر بطريق التهديد على تسليم نقود او اشياء اخرى غير ما ذكر في المادة السابقة.

٢- وتكون العقوبة مدة لا تزيد على عشر سنين اذا ارتكبت الجريمة بالقوة او الاكراه).

وقد تناولت الاولى حكم غصب السند او المحرر او التوقيع او الختم او بصمة الابهام او ما شابه ذلك، كما عالجت الثانية حكم غصب النقود او الاشياء الاخرى غير ما ورد في المادة

---

[1] رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[2] اما الغصب بمفهومه ا لعام الشامل لجرائم الاعتداء على الاموال العامة والخاصة فقد عالج احكامه في مواد اخرى وتحت عناوين اخرى كجريمة خيانة الامانة المواد (٤٥٣-٤٥٥) والاحتيال المواد (٤٥٦-٤٥٩) والفائدة الزائدة على الحد الاقصى المقرر للفوائد (م٤٦٥) والغش في المعاملات التجارية المادتان (٤٦٦-٤٦٧) وغيرها من جرائم الاموال التي تعد غصبا من حيث المآل.

الاولى، واعتبرت المادة (٤٥١) استخدام القوة او الاكراه او التهديد من عناصر الغصب[١]، بينما اعتبرت المادة (٤٥٢) هذه الطرق من الظروف المشددة للعقوبة.

ومن الواضح ان الظروف المقترنة بارتكاب جريمة غير عناصرها ويعد هذا الصنيع من المشرع العراقي نوعا من الاضطراب في اعطاء شيء واحد صفة العنصرية الداخلة في الماهية وصفة ا لظرفية الخارجة عنها، ثم ان المشرع لم يتطرق لجريمة غصب العقار ولا للتمييز بين غصب الحق العام والحق الخاص، ولا للتعويض عن الاضرار الناجمة عن جريمة الغصب، ولا لاجرة مثل المنافع التي حرم منها المغصوب منه لسبب الغصب، اضافة الى ذلك فانه خالف اتجاه قوانين عقوبات الدول العربية التي اعتبرت جريمة الغصب جنحة[٢] فاعتبرت جريمة الغصب في جميع ظروفها واحوالها جناية، لكن في اعتقادنا ان هذا الاعتبار يجب ان يعد من حسناته لخطورة هذه الجريمة على المصالح العامة والخاصة.

وللنواقص المذكورة في المادتين (٤٥١-٤٥٢) من قانون العقوبات لجأ مجلس قيادة الثورة المنحل الى اصدار قرارات تعالج احكام غصب العقارات من الاموال العامة والخاصة كالاتي:

أ- قرار رقم (٥٤٨) لسنة ١٩٧٩[٣] نصّ في الفقرة ٩ منه على أن كل من تجاوز بالبناء بعد نفاذ هذا القرار على ارض تعود للدولة والبلديات يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الفي دينار او باحداهما مع رفع التجاوز دون أي تعويض.

ب- قرار رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٤[٤] نصّ على الاتي:

١. يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات او الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات كل من سكن من غير اذن او عقد مسبق دارا او شقة تعود للغير وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن عشر سنوات اذا كانت الدار او الشقة تعود الى الدولة.

---

[١] اضافة الى عنصر القصد الجنائي والعناصر الاخرى للغصب التي سبق بيانها في المبحث الاول من هذا الفصل.

[٢] كقانون العقوبات المصري المواد (٣٦٩-٣٧٢) والاردني (م٤٤٨) وللبناني (م ٧٣٧-٧٣٨) والسوري (م٧٢٣-٧٢٤).

[٣] جريدة الوقائع العراقية العدد (٢٧١١) في ١٩٧٩/٤/٢٨.

[٤] في ١٩٩٤/٣/٢٩ الوقائع العراقية ١٥٠٥ في ١٩٩٤/٤/١١.

٢. يلزم مرتكب الجريمة في الفقرة (١) من هذا القرار اضافة الى العقوبة المقررة بضعف اجر المثل وبضعف قيمة الاضرار الناجمة عن سكن الدار او الشقة، فتناول هذا القرار احكام غصب العقار من العقوبة واجر المثل وتعويض الاضرار الناجمة عن الجريمة وفرق بين الاموال الخاصة والعامة في الجزاء. وقد اهمل قانون العقوبات هذه الاحكام باستثناء الاول منها.

ج. قرار رقم (٨١) لسنة ١٩٩٤[1] نص على الاحكام الاتية:

١. يعد متجاوزا كل من قام بالزراعة او السكن او اقامة البناء او المحدثات الاخرى على المواقع التي تعد من اماكن واراضي الاثار واحدث بها ضررا تاريخيا او ماديا.

٢. يعاقب المتجاوز بالحبس مدة لا تقل عن سنة ويلزم بدفع تعويض يساوي ضعف قيمة الضرر المادي والمعنوي الذي يحدثه، ويستحصل من امواله نقدا دفعة واحدة او ببيع املاكه في المزاد العلني.

٣. تتولى الادارة المحلية والبلديات تحريك الشكوى الجزائية وازالة التجاوز على نفقة المتجاوز.

٤. على المحكمة دعوة ممثل دائرة الاثار ويعد التقرير الذي يقدمه ممثل هذه الدائرة مع شهادته امام المحكمة ادلة كافية للادانة والحكم.

ومن الواضح ان اموال الآثار المنقولة وغير المنقولة تعد من الاموال العامة الثمينة، لذا اعتبرها القانون غير قابلة للتعامل والتداول بين ايدي الناس.

د. قرار رقم (٢٤٢) لسنة ١٩٩٩[2] باصدار القانون رقم (٤٠) لسنة ١٩٩٩ قانون التعديل الثامن لقانون ادارة الاوقاف ذي الرقم (٦٤) لسنة ١٩٦٦:

المادة الثالثة - يلغى نص المادة الثانية عشرة من القانون ويحل محله ما يأتي:

المادة الثانية عشرة:

١. يعاقب المتجاوز على العقار الموقوف بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على سنة واحدة وبغرامة لا تقل عن عشرة الاف دينار ولا تزيد على خمسين الف دينار.

---

(١) الوقائع العراقية العدد (٣٥١٩) في ١٩٩٤/٧/٥.

(٢) الوقائع العراقية العدد (٣٨٠٤) في ١٩٩٩/١/١٣.

٢. يضمن المتجاوز ضعف اجر المثل من تاريخ التجاوز ولغاية رفع التجاوز الذي يتم على نفقته مع ضعف قيمة الاضرار الناجمة من التجاوز .

٣. على دوائر الاوقاف التي يقع ضمن حدودها العقار الموقوف المتجاوز عليه انذار المتجاوز برفع التجاوز مدة لا تزيد على ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ، فاذا انتهت المدة ولم يتم رفع التجاوز فعليها مراجعة محكمة التحقيق وطلب تحريك الدعوى الجزائية بحق المتجاوز وفق احكام القانون.

وقد سدت القرارات المذكورة النقص الموجود في قانون العقوبات. ومن الواضح ان قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل بهذا الشأن لا تزال قائمة ولم يصدر قانون جديد بعد سقوط النظام السابق بالغائها او تعديلها لذا يعمل بمقتضاها فيما يتعلق بالاحكام المدنية والجنائية لجريمة الغصب.

الخاتمة

النتائج والمقترحات

توصلتُ من خلال هذه الدراسة الى بعض النتائج وبدت لي بعض المقترحات، استعرض في هذه الخاتمة أهمها بإيجاز بادئاً بالنتائج.

النتائج :

وهي كما يأتي:

١- تعريف الالتزام في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي[١] بانه: (رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل)

تعريف غير منطقي لسببين:

احدهما: الالتزام صفة خاصة بالمدين، والرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين، ولا يجوز تعريف الاولى بالثانية، لان المعرّف والمعرَّف يجب ان يكونا متحدين بالذات حتى لا يكون تعريفا بالمباين، ومختلفين بالاعتبار لكي لا يلزم حمل الشيء على نفسه او تعريف الشيء بنفسه.

والثاني: الالتزام من الناحية اللغوية صيغة المطاوعة ومن الناحية الفلسفية من مقولة الانفعال، بينما الرابطة من الناحية الفلسفية من مقولة الاضافة[٢]، والمقولتان متباينتان فلا يجوز تعريف احداهما بالاخرى.

---

(١) رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٢) أي تنسب الى كل من طرفيها كالابوة والبنوة والاخوة.

٢- نصّت الفقرة (٣) من هذه المادة على ان الالتزام والحق الشخصي والدين تعابير مترادفة لها معنى واحد وهذا يتعارض مع اجماع علماء القانون على ان الالتزام والحق الشخصي من عناصر الذمة المالية، فاذا زادت الالتزامات تكون الذمة مدينة واذا زادت الحقوق تكون دائنة، لانه لا يتصور ان يحصل هذا التفاوت في الذمة المالية بزيادة ونقصان شيئين مترادفين لهما معنى واحد وحقيقة واحدة.

٣- خلطت القوانين في البلاد العربية وغيرها بين اسباب الالتزام ومصادر الالتزام، فاعتبرت العقد والارادة المنفردة والفعل الضار (او العمل غير المشروع) والكسب بدون سبب (او الاثراء بلا سبب) من مصادر الالتزام مع انها اسباب الالتزام، وقد اثبتنا ذلك في بداية هذا الكتاب بأدلة كثيرة، منها ان بعض النصوص القانونية تدل صراحة على ان العقد مثلا سبب والقانون يرتب عليه الاثار كما في المادة (٣١) من القانون المدني الكويتي القائم[1] التي تنصّ على ان: (العقد ارتباط الايجاب بالقبول على احداث اثر يرتبه القانون)، وهذا صريح في ان المصدر لاثار العقد من الحقوق والالتزامات هو القانون والعقد سبب لها ورغم ذلك اعتبر المشرع الكويتي العقد مصدرا.

٤- خلطت القوانين العربية الحديثة بين محل الالتزام وموضوعه، فاطلقت المحل على الموضوع واعتبروا المبيع مثلا في عقد البيع محل الالتزام، في حين انه محل العقد وموضوع الالتزام وان محله هو التسليم، وكذلك اعتبرت الثمن محل الالتزام، بينما ان محله بالنسبة للمشتري هو الاداء او الدفع او التسليم، لان الالتزام من الاحكام التكليفية وهي لا تتعلق بالاعيان وانما تتعلق بافعال الانسان.

٥- أدخل فقهاء القانون التصرفات الفعلية الارادية للانسان في الوقائع القانونية، وحصروا التصرفات القانونية في الاقوال دون الافعال، وحصروا الاقوال في العقد والارادة المنفردة، وهذا الصنيع يتعارض مع لغة العرب وعرف العرب في اطلاق التصرفات على الاقوال والافعال على حد سواء، فكثيرا ما نسمع انه يقال لمن يرتكب فعلا مخالفا للقانون او النظام او الاداب: "هل هذا تصرف الانسان العاقل؟"، وان هذا الخطأ نشأ من خطأ في تعريف التصرف القانوني بأنه: (اتجاه الارادة نحو احداث اثر يعتد به القانون) كما ذكرنا في محله.

---

[1] رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

وقد استبعد فقهاء الشريعة الاسلامية صنيع فقهاء القانون وقسّموا التصـرفات الى قولية وفعليـة لان المصـطلحات في كـل علـم ترجـع جـذورها الى معانيهـا اللغويـة والعرفية.

٦- خلط بعض علماء القانون بين الصفات التي تتصف بها ارادة الانسان والتي تسـمى عيوب الارادة (او عيوب الرضا) كما يسميها بعـض الفقهـاء امـراض الارادة وبـين اسباب هذه الصـفات، فقـالوا: مـن عيـوب الارادة (او الرضـا) الاكـراه والتغريـر (اوالتدليس) والاستغلال، في حين انها افعال تصدر مـن الطـرف الـذي ارادتـه غـير معيبة، وان عيب الرضا (او الارادة) في الاكراه الرهبة الناجمة عن الاكراه تتصف بها ارادة المكره وتعيبها وفي التغرير هو الغلط النـاتج عنـه وفي الاسـتغلال هـو طـيش المستغل او هواه الجامح، او نحو ذلك ومن الواضح ان فعل طرف لا يكون صفة للطرف الاخر لان صفة كل شيء قائمة به.

٧- الخلط بين الاباحة والجواز: خلط بعض من فقهاء الشريعة وفقهاء القانون بين الاباحـة والجواز فقالوا: (الضرورات تبيح المحظورات)، وتعبير (تبيح) في هذه القاعـدة خطـأ شـائع فالصـواب أن يقـال: (الضـرورات تجيـز المحظـورات)، لان الجـواز الشـرعي الاستثنائي لا ينافي الضمان بخلاف الاباحة فهي ترفع المسؤولية الجنائيـة والمدنيـة في وقت واحد، فمن أكل مال الغير بدون اذنه تحت ضغط الضرورة يجب عليه التعـويض، لان الاضطرار لا يبطل حق الغير، ولكن من اتلف مال الغـير دفاعـا عـن الـنفس لا يكون ضامنا، لان الدفاع الشرعي سبب من اسباب الاباحة.

٨- الخلط بين عنصر الانعقاد وعنصر تمام الآثار: فاعتبر بعض فقهاء القانون القبض في العقود العينية ركنا او شرطا للانعقاد، وعلى سبيل المثـل فسّـر فقهـاء القـانون في العراق: (لا تتم) في المادة (٦٠٣) من المدني العراقي: (لا تـتم الهبـة في المنقـول الا بالقبض) بـ(لا تنعقد)، واتهموا الفقه الاسلامي بالاغراق في العقود العينية، مع ان جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية يعتبرون القـبض في العقـود العينيـة شـرطا لتمـام آثارها، فهذه العقود تنعقد وتنشئ الالتزامات قبل القبض، ولكنها لا تنشئ الحقوق للطرف الاخر الا بعد القبض الذي هو شرط لتمام آثارها لا لانعقادها.

٩- في الموازنة بين الدين والعين في الفقه الاسلامي والحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي ظنَّ بعض فقهاء القانون ان الدين في الفقه الاسلامي اضيق نطاقا مـن الحـق

الشخصي وان العين في الفقه الاسلامي اوسع من الحق العيني، على أساس ان الدين اذا تعلق بمال المدين كما في حالة الافلاس او بتركته بعد الوفاة يفقد صفة الدينية ويتحول الى العين، لذا تستغرق العين الحق العيني وبعض الحق الشخصي وهو الالتزام بالعين.

والواقع في الفقه الاسلامي هو ان الدين يساوي الحق الشخصي كما ان العين يساوي الحق العيني، فالدين بعد تعلقه باموال المدين يبقى محتفظا بصفة الدينية ولا يتحول الى العين والا لما جاز للمدين او ورثته وفاء الدين من غير هذه العين الا برضاء الدائن.

١٠- **الخلط بين التقسيم الحقيقي والتقسيم الاعتباري:** اختلف فقهاء القانون في تقسيم بعض المصطلحات القانونية بين مؤيد ومعارض، كما في تقسيم المسؤولية المدنية الى العقدية والتقصيرية، وتقسيم القانون الى العام والخاص، وتقسيم الحق المالي الى العيني والشخصي ونحو ذلك.

- **والتقسيم الحقيقي:** هو ان يكون بين اقسامه تباين في ذهن الانسان وخارج الذهن، كتقسيم العدد الى الزوجي والفردي، فلا يوجد عدد في الذهن وخارج الذهن يكون فرديا وزوجيا.
- **والتقسيم الاعتباري:** هو ان يكون بين الاقسام تباين في الذهن فقط، كما في تقسيم المسؤولية المدنية الى العقدية والتقصيرية، فأنصار ازدواج المسؤولية المدنية على صواب اذا ارادوا التقسيم الاعتباري وعلى خطأ اذا ارادوا التقسيم الحقيقي لجواز اجتماع المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في تصرف قانوني واحد خارج ذهن الانسان، وأنصار فكرة وحدة المسؤولية المدنية على صواب اذا انكروا التقسيم الحقيقي وعلى خطأ اذا عارضوا التقسيم الاعتباري.

وبناء على ذلك يكون الخلاف لفظيا قائما على عدم التمييز بين التقسيم الحقيقي والاعتباري.

١١- **الخلط بين عناصر الشيء وصفاته:** من الواضح ان عناصر كل شيء مادي او معنوي مسبوقة عليه في وجوده لتوقفه عليها، بخلاف صفاته فانها عارضة ولاحقة لوجوده، وقد خلط بعض فقهاء القانون بينهما، فاعتبروا من العناصر ما هو من الصفات، وعلى سبيل المثل قالوا: المسؤولية والمديونية من عناصر الالتزام، مع

انهما من صفاته، توجدان بعد وجود الالتزام، وكذلك قالوا: عناصر الملكية في الفقه الاسلامي هي الانتفاع بالعين المملوكة واستغلالها بالانتفاع بغلتها ونتاجها وثمارها والتصرف فيها، في حين ان الانتفاع والاستغلال والتصرف من الصفات بالنسبة للملكية ومن الصلاحيات بالنسبة للمالك وهي توجد عادة بعد وجود الملكية.

١٢- **اعتبار تنفيذ العقد ازالة للعقد واعداما له**، كما في الفسخ والانفساخ والانحلال، فقال بعض فقهاء القانون: تنفيذ العقد يعني ازالته من الوجود فلا يبقى له بعد التنفيذ، **بينما يتعارض هذا مع القول بضمانات العقد**، كضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية.

فالعقد يبقى له وجوده القانوني بعد تنفيذه ويكون حجة بيد المالك في المستقبل ضد كل من يدعي ملكية محله.

١٣- **الخلط بين المنفعة والانتفاع**: خلط بعض فقهاء الشريعة الاسلامية (كالحنفية) وبعض القوانين كالقانون العراقي بينهما، فقالوا: المنافع ليست بمال لانها تتجدد بتجدد الزمان فلا يمكن ادخارها، في حين ان الذي يتجدد بتجدد الزمان هو الانتفاع دون المنفعة فالمنفعة عنصر من عناصر الملكية التامة وعنصرها الاخر هو الرقبة فالمنفعة تستهلك بمرور الزمن ولا تتجدد.

وكذلك قسّم فقهاء القانون المنفعة الى العامة والخاصة في حين ان المنفعة ذاتها لا تتصف بهاتين الصفتين وانما العام والخاص من صفات الانتفاع دون المنفعة نفسها.

١٤- **الخلط بين الوَهْم والاعتقاد**: خلط بينهما بعض فقهاء القانون في تعريف الغلط فقالوا: (الغلط وَهْم يقوم في ذهن شخص فيصوِّر له امراً على غير حقيقته)، في حين ان الوهم في علم الفلسفة: (هو تصور الطرف المرجوح للظن وادنى درجات الادراك)، فادراك الانسان للشيء في وجوده وعدمه او صحته وبطلانه مثلا يكون طرفه الراجح هو الظن وطرفه المرجوح هو الوهم، فالوهم لا يتحقق الا مع الظن لانه طرفه المرجوح. وهذا يعني ان العاقد الذي وقع في الغلط ظنَّ الصواب وتصور خلافه فترك العمل بمقتضى ظنه واختار العمل بوهمه، وهذا ما لا يتصور بالنسبة للانسان العاقل المختار. فالصواب ان يُعرَّف الغلط بأنه: (اعتقاد يقوم في ذهن شخص فيصور له أمراً على غير حقيقته).

١٥- الخلط بين القوة الغذائية في المواد الاستهلاكية والقوة الشرائية في النقود: وعلى اساس هذا الخلط ذهب القانون وفقهاء القانون وبعض من فقهاء الشريعة الاسلامية الى ان من اخذ من شخص مالا على ان يرد مثله فلا يلتزم الا برد الكمية نفسها بغض النظر عن انخفاض أسعاره وارتفاعها، وهذا صحيح بالنسبة للمواد الغذائية كالحنطة والارز وغيرها من المثليات، ولكنه خطأ بالنسبة للنقود، لان مثل الشيء ما يساويه صورة ومعنى فاذا انتفى احد هذين العنصرين في الشيء المثلي تفقد صفة المثلية وتتحول الى القيمي.

فالدينار العراقي مثلا قبل ثلاثين سنة كان يعادل ثلاثة دولارات والان قيمة دولار واحد زهاء (١٥٠٠) دينار ، فليس من العدل والانصاف رد نفس الكمية من المدين الذي اقترض من شخص قبل ثلاثين سنة مثلا الف دينار لان الدينار العراقي اليوم بالنسبة الى ذلك الوقت نزلت قوته الشرائية ففقد العنصر المعنوي وتحول الى القيمي فتُقدَّر قيمته بقيمة يوم القبض.

المقترحات :

من المقترحات التي خطرت ببالي ما يأتي:

١. **تعريف الالتزام** بأنه: (تحمل اداء واجب طوعا او كرها لمصلحة الغير)[1].

٢. **تعريف الذمة المالية** بأنها: (الإنسان ذاته أو رقبة الإنسان)، كما يقول القرآن ﴿وَكُلَّ إِنسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ﴾، والطائر هو العمل الذي يترتب عليه الالتزام.

٣. **تعريف التصرف القانوني** بانه: (كل ما يصدر عن الانسان العاقل المختار الواعي من قول او فعل بحيث يرتب عليه القانون اثرا)، وذلك بدلا من تعريفه بأنه: (اتجاه الارادة نحو احداث اثر يعتد به القانون).

٤. **تعريف الحق** بأنه: (مركز قانوني من شأنه ان ينتفع به صاحبه او غيره)، لان كل تعريف للحق ورد في شروح القانون تعرض للنقد والطعن.

---

[1] او تعريفه بأنه: (تحمل اداء واجب طوعا او كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي). وكلا التعريفين من استنتاجي.

٥. اعادة النظر في كتابة الفقه الاسلامي وحذف الامثلة البالية فيه (مثل باع عبده ورهن جاريته ونحو ذلك)، وتدوين الآراء الراجحة منه دون تقيد بمذهب معين ودون انحياز لطائفة معينة، ثم توحيد القوانين العربية والاسلامية في ضوء تلك الاراء الراجحة، مع الاستعانة بالتطورات الحديثة في القوانين المعاصرة.
٦. تدريس قواعد اللغة العربية في جميع المراحل الدراسية من الابتدائية الى الدراسات العليا، لان اللغة العربية مهددة بانحطاط دورها ومركزها في عالم العلم بسبب جهل ابنائها بقواعدها من جهة واعتزازهم واهتمامهم باللغات الاجنبية من جهة اخرى.
٧. تدريس علم المنطق كمادة الزامية في الكليات العلمية والانسانية، لان للمنطق جانبين نظري وعملي، وبصورة خاصة المنطق ضروري لكل من يتعامل مع النصوص.
٨. تدريس القواعد الاصولية والقواعد الفقهية كمادة الزامية في جميع المراحل في كليات القانون والكليات الدينية.
٩. الزام المدين بقيمة يوم القبض اذا كان الدين نقودا بالعملة العراقية ويرجع تاريخه الى ما قبل عام ١٩٩١ الى ان يستعيد الدينار العراقي عافيته وذلك تحقيقا للعدالة.
١٠. الأخذ بالتقسيم الخماسي في جميع القوانين المدنية للعقود الى: (الباطل، والفاسد، والموقوف، واللازم غير النافذ، والنافذ اللازم) أسوةً بفقه ابي حنيفة، واستبعاد التقسيم الثلاثي في الفقه الغربي الذي تأثرت به أكثر قوانين البلاد العربية.
١١. الاكتفاء بالركن المادي للخطأ في المسؤولية التقصيرية -سواء وجد الركن المعنوي أو لا- في قوانين البلاد العربية والاسلامية، أخذاً بما أقرته الشريعة الاسلامية من الزام عديم الاهلية بتعويض ما يحدثه من الضرر في مال الغير، ورعايةً للعدالة.
١٢. اذا قارن فقيه قانوني بين الفقه الاسلامي والفقه الغربي في موضوع قانوني فليكن منصفا بحيث لا ينسب رأي فقيه واحد او مذهب واحد الى الفقه الاسلامي بوجه عام، لان كل فقيه يمثل نفسه في ابداء الرأي وكل مذهب بمفرده لا يمثل جميع المذاهب الاسلامية الاخرى.

١٣. على من يجري الموازنة بين الفقه الاسلامي وفقه القانون (او الفقه الغربي) ان يلمّ بالعلوم الآلية (اصول الفقه والمنطق والفلسفة والبلاغة) حتى يكون دقيقاً في استنتاجاته من الفقه الاسلامي.

١٤. من الضروري للمقارنة بين كل مادة منهجية في كليات القانون في القسمين العام والخاص وبين الفقه الاسلامي، لان الصلة وثيقة بين القانون والشريعة الاسلامية، ففي هذه المقارنة تطوير للقانون عن طريق الشريعة وتطوير للفقه الاسلامي عن طريق القانون.

١٥. التكثير في تدريس المواد القانونية في الكليات الدينية، حتى لا يكون طالب الدراسات الدينية بعيدا عن متطلبات الحياة والانظمة الحديثة المتطورة التي تتوقف عليها السعادة البشرية والتي هي في مقدمة مقاصد الشريعة الاسلامية.

ربِّ زدني علماً والحقني بالصالحين

المراجــع

المتون القانونية:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العمل العراقي لسنة ١٩٨٧.
٣. قانون التسجيل العقاري العراقي لسنة ١٩٧١.
٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) المعدل ١٩٤٨.
٥. قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦.
٦. القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.
٧. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٨. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٩. القانون المدني الجزائري رقم (٧٥-٨٥) لسنة ١٩٧٥.
١٠. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.
١١. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم (١٦) لسنة ١٩٧١.
١٢. قانون الالتزامات والعقود المغربي لسنة ١٩٨٦.
١٣. قانون الالتزامات والعقود الموريتاني رقم (٨٩-١٢٦) لسنة ١٩٨٩.
١٤. القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.
١٥. القانون المدني الفرنسي المعدل، تعريب رفاعة بك وعبد الله بك.
١٦. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
١٧. مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة ١٩٨٦.

الشروح القانونية :

١. الاثراء على حساب الغير في التقنينات العربية، الاستاذ الدكتور سليمان مرقس.
٢. الاثراء على حساب الغير كمصدر للالتزام في القانون المدني المصري، الاستاذ الدكتور جميل الشرقاوي.
٣. الاجل في الالتزام، الدكتور عبد الناصر العطار.
٤. أصول الالتزامات، الاستاذ الدكتور سليمان مرقس.
٥. التعبير عن الارادة في الفقه ا لاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الدكتور وحيد الدين سوار.
٦. التعليق على نصوص القانون المدني، الاستاذ انور طلبة.
٧. الحقوق العينية، الاستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون.
٨. سبب الالتزام في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة، الدكتور جمال الدين محمد.
٩. شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة، الدكتور كمال قاسم ثروت.
١٠. شرح القانون المدني المغربي القديم، الدكتور احمد نجيب الهلالي.

١١. شرح القانون المدني في العقود الدكتور احمد نجيب الهلالي.
١٢. شرح قانون قمع التدليس والغش، الدكتور حسن الجندي.
١٣. طبيعة التصرف القانوني محاضرات الدراسات العليا، الدكتور جميل الشرقاوي، جامعة القاهرة، ١٩٧٢.
١٤. في المسؤولية الجنائية الدكتور محمد مصطفى القللي.
١٥. في النظرية العامة للالتزام -مصادر التزام-، الاستاذ الدكتور اسماعيل غانم، ١٩٦٦.
١٦. القانون الروماني الدكتور صوفي ابو طالب.
١٧. القانون المدني العراقي الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام، الاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي.
١٨. مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدكتور رمضان ابو السعود.
١٩. المبسوط في المسؤولية المدنية -٢- الخطأ، الاستاذ الدكتور حسن الذنون، ٢٠٠١.
٢٠. المبسوط في المسؤولية المدنية، -١- الضرر، الاستاذ الكتور حسن الذنون، ١٩٩١.
٢١. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.
٢٢. محاضرات في الكسب دون سبب، للاستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي.
٢٣. المدخل للقانون الخاص، الاستاذ الدكتور عبد المنعم البدراوي.
٢٤. المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق، الدكتور ابراهيم الدسوقي.
٢٥. مصادر الالتزام، الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم.
٢٦. مصادر الالتزام، الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، دار النهضة العربية.
٢٧. مصادر الالتزام، للدكتور فريد فتيان.
٢٨. مصادر الالتزم، للدكتور سعد الدين شريف.
٢٩. مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، ١٩٦٧.
٣٠. نظرية الاعتبار في القوانين الانكلوسكسونية، الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم.
٣١. نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الدكتور محمود جلال الدين زكي.
٣٢. النظرية العامة في القانون المدني الجديد، الاستاذ الدكتور احمد حشمت ابو ستيت، ١٩٥٤.
٣٣. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الاستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوي، ١٩٧١.
٣٤. النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي -دراسة مقارنة-، الدكتور عبد الحي حجازي، ١٩٥٣.
٣٥. النظرية العامة للالتزام، الدكتور انور سلطان، ١٩٦٢.
٣٦. النظرية العامة للالتزام، الدكتور توفيق حسن فرج، ١٩٧٨.
٣٧. النظرية العامة للالتزام، الدكتور جميل الشرقاوي.

٣٨. النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام– احكام الالتزام، الاستاذ الدكتور حسن الذنون.
٣٩. النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الاستاذ الدكتور حسن الذنون.
٤٠. نظرية الغلط في القانون الروماني، الدكتور عبدالمجيد الحفناوي، ١٩٧٤.
٤١. الوافي في شرح القانون المدني، الدكتور سليمان مرقس.
٤٢. الوجيز في القانون المدني (العراقي)، الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم ١٩٧٤.
٤٣. الوجيز في شرح قانون العقوبات –القسم العام-، الدكتور محمود نجيب حسني.
٤٤. الوجيز في نظرية الالتزام، الدكتور محمود جلال الدين زكي، ١٩٦٨.
٤٥. الوسيط، الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، ١٩٦٤.

مراجع الأحاديث النبوية الشريفة :

١. سبل السلام شرح بلوغ المرام من ادلة الاحكام، للامام محمد بن اسماعيل الصنعاني، نشر مكتبة الجمهورية العربية.
٢. سنن ابن ماجة، لابي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ١٩٨٦.
٣. سنن ابي داود، لسليمان بن الاشعث السجستاني الازدي (ت٢٧٥هـ)، دار الفكر، بيوت.
٤. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى الترمذي، دار الاتحاد العربي.
٥. السنن الكبرى، للبيهقي ابي بكر احمد بن الحسين بن علي النيسابوري (ت٤٥٨هـ)، مطبعة دار المعارف العثمانية، الهند، ١٣٥٢هـ.
٦. صحيح البخاري، للامام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، الطبعة المنيرية.
٧. صحيح مسلم، للامام ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٦-٢٦١هـ)، دار الفكر.
٨. نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار، للامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني طبعة الحلبي.

المراجع الفقهية الإسلامية:

١. الاختيار لتعليل المختار، للامام عبد الله بن محمود الموصلي (ت٦٨٣هـ)، تحقيق محمد محي الدين، طبعة محمد علي صبيح واولاده.
٢. اسباب اختلاف الفقهاء في الاحكام الشرعية، الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي.
٣. الاشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للسيوطي (جلال الدين بن عبد الرحمن)، مطبعة عيسى البابي الحلبي.
٤. اعانة الطالبين، للشيخ محمد الدمياطي (السيد محمد شطا)، مطبعة مصطفى محمد.
٥. اعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية (محمد بن ابي بكر).
٦. الام، للامام الشافعي (محمد بن ادريس رحمه الله).
٧. الانوار لاعمال الابرار، للعلامة يوسف الاردبيلي.

٨. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني (العلامة علاء الدين بن مسعود)، طبعة العاصمة.
٩. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد محمد بن احمد القرطبي (ت٥٩٥هـ).
١٠. تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومنهاج الاحكام، لابن فرحون (ابراهيم بن علي)، ١٩٥٨.
١١. تبيين الحقائق، للزيلعي (عثمان بن عفان)، ١٣١٥هـ.
١٢. تحرير الكلام في مسائل الالتزامات، للحطاب (محمد بن محمد بن عبد الرحمن).
١٣. تحفة المحتاج بشرح المنهاج، لابن حجر الهيتمي (شهاب الدين احمد بن حجر)، طبعة مصطفى محمد مصر.
١٤. تكملة فتح القدير للقاضي زادة (شمس الدين احمد بن قادر)، طبعة البابي الحلبي.
١٥. جامع الفصولين، للعلامة محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة.
١٦. حاشية البجيرمي، للشيخ سليمان، على شرح منهاج الطلاب، دار الكتب العربية الكبرى.
١٧. حاشيتا قليوبي وعميرة، للامامين الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج النووي دار احياء الكتب العربية.
١٨. الخرشي (محمد بن عبد الله بن علي) على مختصر سيدي خليل، دار صادر، بيروت.
١٩. رد المحتار لابن عابدين (محمد امين)، ١٩٦٦.
٢٠. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للفقيه شرف الدين الحسين بن احمد الصنعاني.
٢١. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد زين الدين الجبعي، دار الجيل، بيروت.
٢٢. روضة الطالبين وعمدة المفتين للامام محي الدين بن شرف النووي.
٢٣. شرح الازهار (للمنتزع المختار)، للعلامة ابي الحسن عبد الله بن مفتاح، مطبعة المعارف، ١٣٤٠هـ.
٢٤. الشرح الصغير، للدردير، مع حاشية الصاوي، دار الفكر، بيروت.
٢٥. الشرح الكبير، للدردير (ابي البركات احمد بن محمد)، مع حاشية الدسوقي، طبعة عيسى البابي الحلبي.
٢٦. شرح المنهج، لزكريا الانصاري.
٢٧. شرح غريب المهذب، للعلامة محمد بن احمد الزركشي، مطبعة المعارف، ١٣٤٠هـ.
٢٨. شرح كتاب النيل وشفاء العليل، للعلامة محمد بن يوسف أطفيش.
٢٩. العقد، لابن تيمية شيخ الاسلام (احمد بن تيمية)، دار الفتح، بيروت.
٣٠. فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، لابي عبد الله محمد بن احمد العليش، ١٩٥٨.
٣١. الفروق، للقرافي شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، دار احياء الكتب العربية، ١٣٤٤هـ.

٣٢. قواعـد ابن رجب (ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب) الحنبـلي (ت٧٩٥هـ)، تحقيق طـه عبد الرؤوف، ١٩٧٢.
٣٣. قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفـروع الفقهيـة، للعلامـة محمـد بـن احمـد بـن جـزيّ الغرناطي المالكي.
٣٤. المبسوط، للسرخسي (شمس الدين).
٣٥. مجلة الاحكام العدلية.
٣٦. مجمع الضمانات في مذهب الامام ابي حنيفة، لابي محمد غانم بن محمد البغدادي، ١٣٠٨ هـ.
٣٧. المجموع شرح المهذب، للامام ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي واكمله الشيخ محمد نجيب المطيعي، المكتبة العالمية.
٣٨. مجموعة رسائل ابن عابدين، دار سعادات.
٣٩. المحلى لابن حزم (علي بن احمد بن سعيد) الظاهري (ت٤٥٦هـ)، دار الافـاق الجديـدة، بيروت.
٤٠. مرشد الحيان، للمرحوم الاستاذ محمد قدري باشا.
٤١. مغني المحتاج، للخطيب الشربيني (الشيخ محمد)، علـى مـتن المنهـاج للنـووي، طبعـة مصطفى محمد.
٤٢. المغني، لابن قدامة (ابي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامـة (ت٦٢٠هـ)، مكتبة الرياض الحديثة.
٤٣. المهذب، لابي اسحاق الشيرازي (ابي اسحاق ابراهيم بن علـي بـن يوسـف الفـيروز آبـادي الشيرازي)، طبعة عيسى البابي الحلبي.
٤٤. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب (محمد بـن محمـد عبـد الـرحمن المغربـي)، دار الكتب العلمية، بيروت، دار الكتب العلمية.
٤٥. الميزان الكبرى، للشعراني (سيدي عبد الوهاب الشعراني).
٤٦. الهداية شرح بداية المبتدئ للامام ابي الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليـل الرشـداني المرغيناني (ت-٥٩٣ هـ) ط/البابي الحلبي.
٤٧. الوجيـز، للغزالي (ابي حامـد محمـد بن محمـد ت٥٠٥هـ)، ١٣١٧هـ.

العلوم الالية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة والنحو والصرف):

أصول الفقه

١. أصول البزدوي مع كشف الاسرار، للعلامة علي بن محمد البزدوي.
٢. أصول السرخسي، للعلامة محمد بن احمد.
٣. أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الدكتور مصطفى الزلمي.

٤. جمع الجوامع، لابن السبكي (تاج الدين عبد الوهاب)، وشرحه للعلامة الجلال المحلي مع حاشية البناني.

المنطق

١. البرهان في علم المنطق، للشيخ اسماعيل مصطفى الكلنبوي.
٢. تهذيب المنطق، للتفتازاني (سعد الدين).

الفلسفة

١. تلخيص كتاب المقولات، لابن رشد الحفيد.
٢. شرح المواقف، للعلامة القاضي عضد الدين.

النحو

١. حاشية الصبان على الأشموني على ألفية ابن مالك.

الصرف

١. دروس التصريف، للعلامة محمد محي الدين عبد الحميد.

المعاجم

١. الصحاح في اللغة والعلوم - تجديد صحاح الجوهري، إعداد وتصنيف نديم مرغشيلي واسامة مرغشيلي، دار الحضارة العربية، بيروت.
٢. لسان العرب، لابن منظور (جمال الدين بن محمد بن مكرم الانصاري)، الدار المصرية للتأليف والترجمة.
٣. مختار الصحاح، للرازي (محمد بن ابي بكر بن عبد القادر).